ELEMENTI
DI
GIURISPRUDENZA CIVILE
SECONDO LE LEGGI ROMANE, E VENETE.

OPERA

DEL DOTT. UBALDO BREGOLINI
PROFESSORE DI LEGGI, E BELLE LETTERE
Nelle Pubbliche Scuole di questa Città.

TOMO TERZO.

IN VENEZIA,
NELLA STAMPERIA DI CARLO PALESE.
MDCCLXXXVII.

DELLE ISTITUZIONI CIVILI.

LIBRO TERZO.

****

TITOLO I.

Delle Eredità, che vengono ab intestato.

§. I.

NElla civil società gode ogni individuo del diritto di disporre per testamento delle proprie sostanze dopo la sua morte, a favore di chi maggiormente gli piace: disposizione che trasfonde in altri quello stesso dominio, che aveva il defonto: disposizione avvalorata, e sostenuta dall' autorità delle leggi, della di cui forma ed effetti ampiamente si è ragionato nel libro secondo delle istituzioni. Ma come quando uno muore fatto avendo il suo testamento, la pubblica podestà se ne dichiara manutentrice, esigendone un' inviolabile fedele osservanza; così se uno manca senza disporre del suo patrimonio, ella ne supplisce il difetto per far regnare il buon ordine, ed impedire l' usurpazione; ella ne trasferisce la proprietà in certe persone, seguendo i dettami d' una naturale equità, accomodata ai bisogni particolari dello stato, e al bene maggiore dei sudditi. Perchè in virtù della disposizione delle leggi un cittadino vivente acquista tutti i diritti, che

aveva un cittadino defunto sopra le sue sostanze; un tale acquisto dicesi eredità. Perchè siffatta eredità passa in altri, non già per espressa volontà del defonto, ma per la sola autorità delle leggi; una tale eredità chiamasi legittima. Perchè l'autorità delle leggi non trasferisce mai il dominio delle facoltà d'un defonto, se non nel caso, ch' ei muoja intestato; perciò ella vien detta eredità intestata, la quale in conseguenza altro non è, se non che una successione in tutti i diritti, che aveva un altro al tempo di sua morte; successione accordata non dall' espressa volontà del defunto, ma dalla sola sovrana autorità delle leggi (1).

§. II.

Se la successione legittima ha luogo soltanto in mancanza della testamentaria, due conseguenze necessariamente ne nascono. La prima sarà, che essendovi testamento, e sino a tanto che sperar si può titolo dal testamento, riesce vana la pretesa di succedere ab intestato. Sarà la seconda, che chiunque domanda d' essere dichiarato erede legittimo, debbe dimostrare esser morto senza testamento colui, alla successione del quale egli aspira. Quando dunque dirassi essere uno morto ab intestato? Dirassi quello che morì senza testamento, quantunque fosse capace di farlo; quello che lo fece, quando non era capace di farlo, quale sarebbe un pupillo, un figlio di famiglia. Dirassi quello che testò, capace anche essendo di testare, ma il di cui testamento o fu man-

(1) *L.* 39. *l.* 70. *D. de acquir. hæred. L.* 89. *D. de R. J.*

mancante delle formalità richieste, o che fu poi rotto per un susseguente nascimento d' un erede necessario, o che si irritò per un cangiamento sopravvenuto nella condizione, e nello stato del testatore, o che rimase destituito di erede. Come tali testamenti rimangono senza effetto, così si considerano, come se non avessero avuto esistenza giammai; e non avendo luogo la successione testamentaria in essi prescritta s' apre il campo alla successione legittima in quel modo, e con quella gradazione, che anderemo ordinatamente esponendo.

§. III.

Nelle leggi Romane ritrovasi una gran varietà riguardo all'ordine delle successioni intestate; varietà cagionata dai diversi principii di governo, e dalle diverse ragioni di stato, che fecero impressione sullo spirito de' legislatori. Noi daremo in succinto la storia del diritto Romano riguardo a questa specie di eredità, additando le modificazioni e cangiamenti, che di tempo in tempo s' andarono facendo sino alla total variazione accaduta sotto l' impero di Giustiniano; Prencipe che rovesciò in questo capo tutto il sistema dell' antica giurisprudenza, e ne formò uno affatto nuovo, e diverso, stabilito sopra principii differenti, e più adattati alla costituzione d' uno stato assolutamente monarchico, e insieme non più militare. Aggiungeremo perfine un' estratto di quanto di questa materia dispongono le leggi della nostra Repubblica. Elleno discordano in certi punti dal diritto Romano, e vi si accordano in altri.

La notizia di questo ci porgerà un maggior lume per la retta intelligenza delle leggi Venete, e per iscoprire le ragioni della diversità, la quale fra le Romane, e fra esse ravvisasi.

§. IV.

Un pugno di gente composta in parte da pochi pastori, e in parte da persone esuli, e raminghe, fu l' origine della nazione, e della potenza Romana. Il capo, sotto del quale si radunarono costoro in società civile, distribuì a ciascheduno una porzione di quel terreno, che occupavano non lungi dal Tevere. L' agricoltura era per essi l' unico mezzo di vivere; i frutti delle loro fatiche erano tutte le loro ricchezze. Reggevano con una mano l' aratro per lavorare la terra, e stringevano con *l' altra* mano la spada per difendersi dagl' insulti de' popoli vicini, gelosi dell' accrescimento di questo, che si andava formando. Codesta divisione delle terre fatta da Romolo, confermata da Numa, e rinovellata da Servio Tullio, diede il modo di sostenersi, e mantenersi a ciascuna famiglia (1). Ma ciascuna famiglia non poteva altronde sperare il suo sostentamento, che nella continuazione del possesso di quel fondo, che fu assegnato al di lei stipite, ed autore. La legge politica dunque dell' assegnamento di certa quantità di beni ad ogni capo di famiglia, portò in conseguenza la legge della successione ab intestato in quei della stessa famiglia;

ad

(1) *Dion. Halyc. lib.* 2. *cap.* 3. *Esprit des Loix lib.* 27. *cap.* 1. *Cod. Frider. p.* 2. *lib.* 6. *tit.* 2.

ad avvalorare la qual legge resa necessaria dalla costituzione particolare di quella società nascente, concorse eziandio un sentimento di equità naturale, essendo ben conveniente, che formando ogni famiglia un corpo domestico separato, e disgiunto da qualunque altro, alla morte del capo e principale di essa succedessero gli altri membri superstiti, i quali la mantenevano in essere.

Il nome di famiglia trovasi usato in più sensi. In un senso il più proprio e preciso, famiglia dicesi a quell'unione di persone, che vivono sotto un medesimo tetto, e sotto la podestà, e dipendenza di quello, da cui hanno o mediatamente, o immediatamente ricevuta l'esistenza, e la vita. Così una famiglia è formata dai genitori, e dalla prole, e discendenza dei medesimi. In un senso più ampio, e men proprio, dicesi famiglia la serie di tutte quelle persone, le quali non vivono più soggette alla podestà di uno stesso padre già defunto, ma però riconoscono tutta l'esistenza dal medesimo, e perciò sono agnate fra di se stesse, vale a dire generate da uno stesso principio. Così i fratelli e le sorelle, i nipoti e gli zii formano una stessa agnatizia famiglia. In un senso più esteso ancora, e più improprio, famiglia dicesi la serie di tutte quelle persone, fra le quali quantunque non ci sia più determinata parentela, e relazione di sangue, portano nondimeno lo stesso cognome, e discendono dalla stessa sorgente; sebbene nel lungo corso de' tempi, e per la moltiplicità delle diverse successive generazioni siensi diramate in più branche, ed abbiano formate agnazioni distinte, le quali tutte però formano una sola gente, o casato. Così i varj

rami dell'illustre Romana famiglia Cornelia, gli Scipioni, i Lentuli, i Dolabelle, i Cossi, i Sulle, i Ceteghi, sebbene fra di loro non ci fosse nè agnazione, nè parentela, erano però tutti d' una medesima gentilizia famiglia, perchè tutti egualmente da uno stesso ceppo, e da un medesimo Cornelio ab antiquo discesi (1).

§. V.

Ora non dovendo per la legge della divisione de' terreni passare i beni, assegnati ad una famiglia, in famiglie straniere, ma in essa mantenersi costantemente, la legge civile accordò il diritto delle successioni intestate a quelli della famiglia, preferendo quei della famiglia propria a quei dell' agnatizia, e quei dell'agnatizia a quelli della gentilizia, e nell' ordine di famiglia considerata in queste tre forme, preferendo mai sempre i più prossimi ai più lontani parenti del defunto intestato.

Una famiglia propriamente detta, risulta da due relazioni; l'una naturale, che passa tra il generante, e la prole generata; l'altra civile, ed è la paterna podestà conservata nel genitore sopra la sua figliuolanza. I figli dunque non ancora disciolti dalla paterna autorità, sono e naturalmente, e civilmente porzioni le più importanti d'una famiglia, sono le persone le più intimamente unite al padre. Sono dunque eredi del padre morto intestato; eredi suoi, e necessarj, nei quali l'eredità trasfondevasi, senza che ripudiarla potessero, come

(1) *Leg.* 40. §. 2. *Leg.* 195. *D. de V. S.*

come acquistavanla eziandio senza il proprio assenso, e indipendentemente dalla loro cognizione (1); onde avveniva, che un figlio bambino ancora, o pupillo, o scimunito, e furioso era erede del padre. Infatti i figli aveano un vero dominio sopra le facoltà anche in vita de' genitori. La morte di questi non trasmetteva nei figli una proprietà, che non avessero; ma il titolo ereditario faceva, che in essi continuasse. L'eredità legittima a loro devoluta si diceva famiglia, e l'azione, in virtù di cui più figliuoli ne domandavano la ripartizione chiamavasi giudizio di divisione di famiglia: frasi tutte inventate per dinotare, che il diritto di successione era in ragione eguale col diritto di famiglia.

Occupando i figliuoli il primo grado nella famiglia, devolvesi ad essi in primo luogo l'eredità ad esclusione de' proprj loro figliuoli, i quali non possono pretendere parte alcuna nel retaggio dell'avolo sino a tanto, che i padri loro viventi gli precedono nell' ordine di famiglia. E come tutti indistintamente i figliuoli sono nel medesimo primo grado di famiglia, così tutti succedono al padre per proprio diritto, e per capi, dividendo in tante eguali porzioni l'eredità, quante sono le loro persone. Non esistendo più in famiglia il padre, entrano nel di lui rango, e nella qualità di eredi suoi, e necessarj; riguardo all' avo, i nipoti, i quali divengono eredi legittimi, e dividonsi l'eredità per capi, ed in eguali porzioni. Ma se di due figli l'uno fosse superstite, ed in famiglia, l'altro fosse premorto, e lasciati avesse quat-

(1) §. 1. 3. *h. tit.*

quattro figliuoli; ovvero se di due figli premorti l'uno più numerosa, l' altro men numerosa discendenza avesse lasciato; le antiche leggi di Roma chiamavano alla successione intestata dell' avo, tutti i nipoti bensì, anche in concorrenza d'un figliuolo superstite; ma non per loro proprio personale diritto, ed in capi, ma per diritto di rappresentanza, e per stirpi. I figliuoli succedono al padre senza la frapposizione di verun' altra persona: lo stesso genitore si moltiplica, per così dire, in ogni uno di essi; e come egli avrebbe tutto il diritto a tutte le sue sostanze, così tutto lo trasmette a ciascheduno de' figli, i quali concorrendo alla stessa eredità la dividono necessariamente in altrettante eguali porzioni, quanti eglino sono, toccando a ciascun capo, o individuo quella quantità, che appartiene a qualunque altro fratello. I *nepoti* succedono all' avo, in quanto rappresentano la persona del padre; dunque nulla di più possono pretendere di quello, che sarebbe toccato al loro padre. In conseguenza nell' ipotesi, che sia superstite un figlio, che dall' altro figlio premorto nati siano tre nipoti, e che l' eredità dell' avo ascenda a sei mille scudi, toccheranno al figlio superstite scudi tre mille: tre mille ne sarebbero appartenuti al fratello, se fosse vivo, perchè egualmente figliuolo. Ora egli vive nella sua stirpe; ella lo rappresenta. Dunque i di lui figliuoli avranno quella parte d'eredità, che avrebbe potuto avere il loro padre (1). Da questa dottrina ricaviamo tre massime dell' antica giurisprudenza Romana. I. Che nell' ordine

(1) §. 6. *h. tit. l.* 1. *C. de suis*, *&* *legit. hær.*

ne delle successioni intestate i discendenti esistenti in famiglia sono i primi chiamati secondo la maggiore propinquità del grado. II. Che nell'ipotesi, che sia morto uno de' discendenti, la di lui prole sottentra nel di lui grado, e nella di lui porzione per diritto di rappresentanza. III. Che fra i discendenti, qualora ha luogo la rappresentanza, si divide l'eredità non per capi, ma per stirpi, dandosi alla prole generata da uno quel tutto, che avrebbe potuto il di lei padre pretendere senza aver riguardo al numero delle persone.

§. VI.

Fra tutti i discendenti tengono il primo grado i figliuoli. Ma affinchè uno dir si possa figliuolo, e capace divenga della successione, e degli altri diritti, che le leggi gli accordano, non basta già, che sia fisicamente generato da un altro, che data gli abbia la vita. Il solo matrimonio legittimo dona nella civil società la relazione, e le prerogative annesse alla relazione di figliuolo, e di padre (1). Secondo dunque le antiche leggi Romane, come non formavano parte della famiglia, nè erano soggetti alla patria podestà, così rimanevano esclusi dalla successione intestata del genitore non solo i figli spurj, o adulterini, o incestuosi, ma i naturali eziandio, vale a dire quelli, che furono prodotti dal commercio carnale con una donna non solennemente sposata, con cui per altro potevansi contrarre legittime nozze. I diritti de' figli legittimi si mantennero invio-

(1) *Leg. 5. Cod. de natur. liber.*

inviolabilmente dai legislatori Romani, e si trova appena un qualche esempio, che il Senato, o gl' Imperadori abbiano accordati a persone nate fuori di matrimonio, i privilegj competenti unicamente alla prole legittima: E se pure talvolta gli accordarono, servironsi d'una straordinaria autorità, e senza che l'indulto passasse in esempio, e in una combinazione di circostanze, che rendevano la dispensa o necessaria, o ragionevole; come si può vedere nel caso di legittimazione, graziosamente concessa per rescritto Imperiale ai figli di Flavia Tertulla; rapportato da Papiniano (1), per esentarla dalla rigorosità della legge Papia Poppea caducaria.

Un motivo di pietà, ed una ragione di stato apportarono un notabile cangiamento in questo capo alle leggi Romane, anche avanti il tempo di Giustiniano. Il semplice concubinato era un abuso comune fra i Pagani. La religione lo permetteva; le leggi lo tolleravano. Il Vangelo lo punisce, e la ragione lo dimostra contrario egualmente alla legge di natura, e all' interesse di stato. Costantino, abbracciato ch' ebbe il cristianesimo, pubblicò una legge ordinante, che se alcuno avesse avuto figliuoli da una sua concubina, se questa poi la facesse sua moglie, la prole illegittimamente generata considerarsi dovesse resa legittima in favore del susseguente matrimonio, e in conseguenza rimasero abilitati i figliuoli nati fuori di matrimonio alla successione nell' eredità paterna nello stesso modo, e a condizione eguale con quelli, che dopo il matrimonio nasces-

(1) *Leg. 5. Cod. de nat. lib.*

scessero. Ei pretese con questa di allontanare i sudditi da un male, che era universale in allora, in riflesso del vantaggio, che sarebbero per ricavarne i figliuoli, che senza di questo mezzo restavano privi intieramente dell' eredità dei loro padri. Gli augusti successori di lui diedero estensione maggiore ad un tal privilegio. Quasi due secoli dopo Zenone ordinò (1) non solo, che un figlio legittimato per un matrimonio posteriore alla sua nascita, fosse eguagliato ai figli nati dopo il contratto nuzziale, riguardo alla successione nei beni paterni (nel che altro non fece, che rinovellare il decreto di Costantino); ma volle di più, che tutti i patti dotali stipulati a favore di figli, frutti di tale privilegiato matrimonio, stipulati s' intendano a vantaggio di quelli eziandio, che fossero nati anteriormente, e non già de' soli loro fratelli legittimi. Aggiunse a queste altre prerogative Giustiniano in progresso, che esporremo a suo luogo; e ci basti quì solamente l' avere indicata la prima derogazione fatta al diritto de' figliuoli legittimi nelle successioni paterne, suggerita da un motivo di religione.

Nel piano generale del sistema della Romana politica, v' entrava l' esercizio delle magistrature nelle città suddite all' Impero. Ci erano, e ci dovevano essere nelle colonie, e ne' municipj degli officj, e delle cariche necessarie al buon governo della popolazione. Al complesso di queste cariche, ed uffic davasi il nome di Curia, e Curiali dicevansi le persone destinate al rimpiazzamento, e servigio di questi posti. Le vicissitudini,

(1) *Leg. 5. Cod. de nat. lib.*

ni, alle quali restò soggetto l'Impero specialmente dopo la morte di Costantino, la spopolazione delle città, l'avvilimento, in cui erano caduti simili impieghi, ridussero a segno le cose, che non si trovavano più cittadini, che volessero assumerli. Pensarono dunque gl'Imperadori Teodosio, e Valentiniano di accrescere il numero de' Curiali col pubblicare una legge ordinante in sostanza (1): Che se un padre avesse figliuole naturali, e queste in matrimonio le desse ai Curiali della sua città, o se avendo figli maschi naturali, nel suo testamento, o in altro pubblico atto gli offerisse al servigio della Curia, al quale saranno loro vita durante obbligati; in tal caso e le figlie, e i figli, abolita la macchia de' loro natali, si considerino come prole legittima, e in questa qualità possano succedere ai loro padri e per testamento, e ab intestato senza differenza veruna. Giustiniano aumentò in seguito la forza di questa disposizione; nè pago di tanto, altra nuova maniera inventò, onde legittimare i figliuoli illegittimi, e renderli capaci della paterna eredità, come diremo in appresso. Racchiudendo ora il tutto in poche parole diciamo: Che per diritto di famiglia i primi chiamati alla successione intestata del padre sono, secondo le antiche leggi di Roma, i figliuoli legittimi; e che per legittimi si riconoscevano i legittimati col mezzo d'un susseguente matrimonio, e i dedicati al servigio della Curia.

§. VII.

(1) *Leg. 3. 9. Cod. de nat. lib. §. 3. de nupt. §. 2. h. tit.*

§. VII.

Ripetiamo di bel nuovo, che non la sola naturale relazione fondata sulla generazione, ma la relazione di famiglia, donava ai figli il diritto di successione. Sino a tanto, che un figlio era in famiglia, era soggetto alla podestà del padre, e questi aveva un dominio vero, e legale sopra la di lui persona. Dipendendo dunque il diritto di succedere al padre dall' essere in sua famiglia; l' essere in famiglia dipendendo dall' essere in podestà, e dominio del padre: come una triplicata vendita fatta di un figlio solennemente dal padre lo emancipava, e liberava dalla sua podestà; così facendoli perdere il diritto di famiglia, lo faceva decadere eziandio da ogni diritto di successione. Le leggi delle XII. Tavole non ammettevano più i figli, e nipoti emancipati all'eredità del padre, e dell'avo: la relazione di famiglia perduta, portava la perdita dell' eredità; il diritto civile considerava queste persone come rese straniere ai loro genitori (1). Un così strano rigore dispiaceva ai Romani; ma come opporsi alle leggi? Trovarono i Pretori il mezzo di eluderne l' effetto in sostanza, senza distruggerle in apparenza. Chiamarono alla successione del padre naturale i figliuoli emancipati col nome, e in qualità di possessori; nome, e qualità, che non accordavano ad essi le leggi: ma col dare ad ogni emancipato il possesso del patrimonio paterno a preferenza degli agnati, qualora non vi fosse altro figliuolo in famiglia, o della porzione del patrimo-

(1) §. *9. h. tit.*

trimonio, che a lui di ragione si apparteneva, qualora ci fossero altri fratelli viventi, realmente lo facevano erede (1). Ma noi degli Editti de' Pretori concernenti le successioni intestate avremo a ragionare fra poco.

§. VIII.

L'adozione di un figlio altrui era un modo approvato dalle leggi, mercè di cui sciolto dalla podestà, e reciso dalla famiglia del padre suo naturale, trasportavasi un cittadino in podestà, e innestavasi nella famiglia dell'adottante come proprio, e vero suo figliuolo. Dando dunque il diritto di famiglia diritto di successione, ne segue, che i figli adottivi fossero chiamati all'eredità del padre adottante, e rimanessero esclusi dall'eredità del padre naturale, dalla famiglia del quale erano stati smembrati (2). Ma che sarebbe, se codesti figliuoli venissero emancipati dall'adottante? Non diverrebbe sfavorevole estremamente la loro condizione? Separati dalla famiglia, in cui nacquero, non succederebbero a chi diede loro la vita: separati per l'emancipazione dalla famiglia, in cui furono traspiantati, non succederebbero a chi gli adottò, e a chi l'emancipazione tolse e il nome, e i doveri di padre. Ecco in tali circostanze le disposizioni dell'antica Giurisprudenza Romana. O il padre adottante emancipa il figlio adottivo, vivente ancora il padre naturale; o lo emancipa dopo la di lui morte; o non lo emancipa

(1) *Leg.* 4. 7. §. 1. *D. si tab. test. non ext.*
(2) §. 10. 13. *h. tit.*

cipa assolutamente. Se non lo emancipa, in qualità di erede suo egli succede al padre adottivo; in qualità di semplice cognato, o congiunto egli succede al padre naturale, in mancanza cioè dei discendenti, e degli agnati. Se lo emancipa dopo la morte del padre naturale; non può pretendere il figlio adottivo la successione dell'adottante. Infatti in virtù di che titolo? di sangue? nò; perchè da questo non ebbe la vita: di famiglia? nò; perchè l'atto di emancipazione lo rese affatto straniero. Non può lusingarsi nemmeno di aspirare all'eredità del padre suo naturale. La di lui famiglia non è più la sua. Gli agnati vi hanno un diritto legittimo. Se riacquistasse egli il natio suo diritto all'eredità paterna per questo, perchè fu emancipato dall'adottante; sarebbe in arbitrio di questo il farla cadere in mano o del figliolo coll'emanciparlo, o degli agnati col non emanciparlo. Ora come i testamenti, così le successioni hanno ad avere una stabile consistenza sicura, e non dipendere dal capriccio di un terzo. Non rimane altro dunque in quest'ipotesi all'adottato, ed emancipato dopo la morte del vero suo genitore, che il diritto di succederli non più nel rango di erede suo, non più nel grado di agnato, ma nell'ordine unicamente de' cognati; tenue compenso è vero alle perdite sue, delle quali però ei deve ascrivere in gran parte la ragione a se stesso, il quale col suo dissenso avrebbe impedita la sua adozione, e conservati i diritti della famiglia (1). Se finalmente viene emancipato il figliuolo adottivo, vivente ancora il na-

 turale

(1) *Leg. 5. D. de adopt.*

turale suo padre; egli perde bensì ogni titolo all' eredità dell'adottante, ma conserva riguardo alla successione del vero suo genitore il diritto, che avrebbe, se fosse stato solamente emancipato da lui, nè trasportato giammai in altra adottiva famiglia, vale a dire, in forza dell'editto Pretorio, non come erede, ma come possessore, entrerebbe in parte della successione; e nello stesso modo vi entrerebbe quel figlio, che emancipato prima dal padre (1), poi dal medesimo adottato, venisse per la seconda volta emancipato.

Tale era lo stato, tali le massime della Giurisprudenza Romana circa i figliuoli adottivi, riguardo alle successioni intestate, quando intraprese Giustiniano la grand'opera della riformazione di essa. Egli vi fece relativamente a questo de' cangiamenti, che la mutarono tutta, come vedremo di sotto.

§. IX.

Le antiche leggi di Roma chiamando i figliuoli, e gli agnati alla successione intestata de' genitori, e congiunti, non mettevano distinzione fra le persone d'un sesso, e dell'altro (2). Figli, e figlie indistintamente succedevano all'eredità del padre; i nipoti, e le nepoti a quella dell'avo; i fratelli, e sorelle a quella del fratello. Le femmine non erano meno nella famiglia, nè meno soggette alla patria podestà di quello fossero i maschi.

(1) *Leg. 4. D. si tab. test. non ext. Leg. 6. §. 2. D. ad S. C. Tertyll.*

(2) *Paull. Lib. 4. Sent. §. 3. Titol. 8. §. 3. D. de agn. succ.*

schi. Dovendosi dunque continuare nella famiglia il possesso de' beni, secondo la legge politica della divisione delle terre; la legge civile agiva in conseguenza, chiamando all'eredità in un coi maschi, le femmine del medesimo grado. Se elleno si maritavano col rito di confarreazione, e coll' effetto d'essere cedute in mano, acquistava sopra di loro lo sposo la paterna podestà; divenivano sue figlie di famiglia, e perdendo ogni relazione civile con quella, ond' erano uscite, perdevano del pari ogni diritto di successione. Se maritavansi in altro modo, rimanevano nella famiglia, in cui erano nate; ereditavano in conseguenza; ma alla loro morte non succedevano ad esse i loro figliuoli, perchè questi non sono nè in podestà, nè in famiglia della madre; ma ricadevano queste sostanze nei più prossimi agnati delle medesime.

La successione accordata dalle leggi Decemvirali alle donne, le mise in uno stato di opulenza, e questa fomentando la vanità propria del sesso, spalancò la porta ad un lusso, i di cui perniciosi effetti si fecero sentire ben presto. La legge Oppia pose argine al lusso femminile; la legge Voconia tolse alle donne i mezzi di arricchirsi, per disseccare la sorgente del lusso. Le dichiarò incapaci di ogni eredità considerabile, che rendesse lo stato loro opulento, cioè a dire, come da un passo di Cicerone nella seconda sua arringa contra Verre ricavasi, dell' eredità di quelle persone, che possedendo cento mille Sesterzi erano registrate nel Censo. Una legge politica chiamate avea le donne alla successione di quei della famiglia; una legge morale le escluse. In

forza di questa nè per testamento, nè per fidecommesso, nè ab intestato potevano essere eredi de' fratelli le sorelle, le nipoti dell'avo, e le figlie uniche del loro padre. S. Agostino chiama per questo capo barbara la legge Voconia (1): Ma se ella offendeva il sentimento di natura, preservava il buon costume.

Le guerre civili aveano orribilmente spopolata Roma, e l'Italia, quando Augusto ottenne l'Imperio. Una delle gran mire di questo principe fu l'aumento della popolazione. Questa dipendeva dalla moltiplicità de' matrimonj; e la moltiplicazione di questi dai maggiori allettamenti, e speranze di vantaggio per tutti quelli, che abbracciassero lo stato conjugale. La legge Voconia avea escluse le donne dalle eredità, per togliere il lusso eccedente, e mantenere l'uguaglianza, e il buon costume nella Repubblica. Le leggi Giulia, e Papia Poppea le riabilitarono alle successioni per invogliare i cittadini a prenderle in mogli, ed accrescere la popolazione. La necessità di riparare la popolazione fece chiudere gli occhi sopra le conseguenze della ricchezza donnesca, e il lusso fatale in una Democrazia, cessò di comparire nello stesso aspetto in un governo, che diveniva Monarchico. Si fecero dunque delle eccezioni alla legge Voconia. Si resero capaci le donne d'una eredità lasciata ad esse per testamento d'uno ad esse straniero, e fuori di famiglia, purchè avessero tre figliuoli. Si resero poscia capaci le madri di succedere ab intestato ai proprj figliuoli. Quindi le sorelle consanguinee ai fratelli intestati

(1) *Aug. de Civ. Dei Lib. 3. Cap. 21.*

stati a preferenza eziandio degli agnati in grado più rimoto, nonchè le figlie, e nipoti a loro padri, e ascendenti. A misura, che il governo Monarchico andò formandosi, e perpetuandosi in Roma, si abrogarono le leggi restringenti la libertà di succedere nelle femmine. Il fasto, e il lusso inseparabile dalla Monarchia, rendevano i matrimonj onerosi, e di spesa. Bisognava invitarvi i sudditi coll' esca delle ricchezze, che potevano apportare in una casa le donne. Le leggi Decemvirali, e specialmente la legge Voconia gelosamente custodita in uno Stato di Repubblica, perdè il suo vigore in uno Stato di Monarchia. Sotto l' Impero di Adriano ella era già obbliata quasi del tutto. Sotto i di lui successori restò intieramente abolita, e vedremo le progressioni, colle quali gradatamente si giunse a distruggerla.

§. X.

Tale fu la disposizione delle antiche civili leggi Romane riguardo alla successione degli eredi suoi ne' beni d' un padre di famiglia intestato. Ma quale si fu nel caso, che un figliuolo premorisse al padre senza aver prole? La legge delle XII. Tavole era questa (1): *Se uno muore intestato, senza lasciare alcun erede, abbiasi la di lui eredità il prossimo agnato.* Non è da stupirsi, se non si fa parola del padre. Secondo i principj dell' antica Giurisprudenza egli non poteva succedere ai figli. Imperciocchè o morivano questi, essendo ancora in famiglia, e in paterna podestà,

 o era-

(1) *Ulp. Tit.* 23. §. 1.

o erano stati prima emancipati dal padre. Morti in famiglia, non potevano lasciare eredità veruna. L'idea di eredità suppone proprietà, e dominio in colui, al quale si succede. I figli nulla avevano di proprio; tutto era del padre; eglino non potevano dunque aver erede non avendo nulla del suo. Emancipati, perdevano il diritto di famiglia: il genitore non era più ad essi nè agnato, nè padre; conservava unicamente riguardo a loro il diritto di patronato, quando però se lo avesse espressamente riservato nella terza vendizione, e nel contratto fiduciario, che all'emancipazione aggiungevasi. Non poteva dunque succedere il padre ai figli suoi emancipati nel rango, e in qualità di agnato, ma unicamente in qualità, e nel rango di patrono succedente ad un suo manomesso liberto.

L'*introduzione de' pecul*j reso avendo capaci i figli di famiglia di possedere in proprietà certe cose, rese capaci i padri d'una specie di successione riguardo a questi morti intestati. Come i beni peculiari d'un figlio morto senza eredi suoi, e senza testamento, divenivano beni della famiglia; così succedevano in essi i più vicini agnati: e come il padre è agnato al figlio, e rappresentante la famiglia; così per diritto di agnazione, e di famiglia ne diventava erede, quando bene dir non si volesse, che i fratelli del defunto con esso lui concorressero, come quelli, che pur gli erano agnati, e considerati nel medesimo grado. I figli emancipati perdevano ogni relazione civile di agnazione, e di famiglia, anzi ne formavano essi una nuova; e resi indipendenti dalla paterna autorità, come potevano acquistare,

così

così potevano trasmettere in altri diritto d' eredità. Ma qual diritto poteva pretendere a questa il padre non più agnato, non più in famiglia con essi? La manomissione dava a lui quel titolo, e quel diritto solo, che accordavasi ad un padrone riguardo alla successione d'un suo servo posto da lui in libertà, qualora per altro riservato se lo avesse nominatamente nel fiduciario contratto. Alla ragione di famiglia, secondo la quale regolavano le leggi Decemvirali la successione, sostituirono in progresso i Pretori la ragione del sangue. Diedero il possesso de' beni del figlio emancipato defonto a dieci diverse persone nel caso, che agnati ci fossero, pria di trasportarli nel padre fittizio, e fiduciario, come diremo in appresso.

§. XI.

Per altro ben si vede, che ad onta dell' autorità de' Pretori, le prime leggi fondamentali erano anche dopo un lungo decorso di anni venerate. Un padre restava escluso dagli agnati, che venivano a lui preferiti. Noi intendiamo per nome di agnati le persone, che per via di maschi sono congiunte di sangue a quella del defonto, e in conseguenza dal medesimo discendono, e quelle altresì, che col mezzo dell' adozione, o arrogazione furono inserite nella famiglia (1); e perciò annovereremo fra gli agnati d'un intestato i fratelli, e le sorelle, i figli, e le figlie de' fratelli; i fratelli, e sorelle del di lui padre. In mancanza di eredi suoi a quest' ordine di persone

 viene

(1) §. 1. *de Leg. agn. succ. Leg.* 5. *D. und. legit.*

viene accordata l' eredità, e allora dirassi esser verificata codesta mancanza di erede suo, quando non solo al tempo della morte non ci è attualmente discendente veruno in famiglia, ma quando non ci è speranza nemmeno, ch' esservi possa. Fingiamo, che muoja uno, il di cui figlio sia in potere de' nemici dello Stato, ovvero, che abbia lasciata incinta la moglie. Non avvi per verità erede alcuno attuale; ma essendo possibile la nascita, o il riscatto, e il ripatriamento dell' erede suo, non restano ammessi alla successione gli agnati, se non allora, che si è affatto perduta la speranza dell' esistenza dell' erede suo.

Chiamansi in questo caso all' eredità non disposta gli agnati, non però tutti nel medesimo tempo, ma quelli soltanto, che sono nel grado di parentela più vicino al defonto ad esclusione degli altri agnati bensì, ma in grado più rimoto congiunti. Devolvendosi dunque la successione sempre, e unicamente al grado più vicino; ne seguivano in conseguenza tre cose. La prima: Che accordandosi dalle leggi la facoltà di succedere al grado più vicino, tutti quelli, che ritrovansi nello stesso grado succedono per diritto proprio, e personale, e conseguentemente succedono tutti, e cadauno in capi, dividendosi l' asse ereditario in altrettante eguali porzioni, quanti sono gl' individui nel medesimo grado compresi (1). La seconda si è: Che succedendo i soli agnati più propinqui in grado per diritto proprio, e personale, non si ammette negli agnati il diritto di rappresentanza; come ammettevasi negli eredi suoi, e discendenti;

onde

(1) *Leg.* 2. §. 2. *D. de suis, & legit. hæred.*

onde ne avviene, che un fratello superstite esclude dalla successione intestata la prole d' altro suo fratello premorto, come quella, che rimane addietro d'un grado (1). La terza si è, Che essendo annesso il diritto di succedere unicamente al grado più vicino, qualunque volta l'agnato più prossimo o non volesse, o non potesse accettare l' eredità a lui devoluta; ella deveniva caduca, nè comunicavasi la facoltà di succedere agli agnati di grado più lontano. L' editto Pretorio temprò in questo capo l'asprezza della legge, e chiamò gli agnati più lontani, ai quali la rinuncia o l'incapacità de' più prossimi impedita aveva la strada alla successione; chiamolli, dico, all' eredità non più come agnati, e per diritto di famiglia, ma in qualità di cognati, e per diritto di sangue; nel qual ordine di eredi il gius di succedere era progressivo, sottentrando mai sempre al grado più propinquo il più rimoto, senza che la rinuncia dell' uno recasse pregiudizio agli altri, che succedevansi in serie.

Per essere agnato basta essere della stessa famiglia d' un' altro e per essere della stessa famiglia basta aver avuto la vita da un maschio generato dallo stesso stipite, o padre di famiglia. Nell' ordine dunque degli agnati potevano esservi le donne generate dai maschi della famiglia; e la legge delle XII. Tavole le abilitava alla successione senza differenza di sesso. Una sorella succedeva insieme col fratello; una zia paterna insieme collo zio; una cugina insieme col cugino. La legge Voconia, che escludeva le figlie dall' eredità paterna,

(1) *Leg. 3. Cod. de legit. hær.* §. 8. *de leg. agn. succ.*

na, molto più escluse le agnate dall'eredità d'un agnato. La legge Papia favoreggiatrice de' matrimonj, volle, che le sorelle consanguinee venissero a parte dell'eredità de' fratelli, preferendole agli altri gradi di agnati: Ella si conteune dentro così ristretto confine per rispetto alla legge Voconia, la di cui autorità fu grande sino a che conservossi in Roma un qualche vestigio, e memoria di Repubblicano governo. I Pretori ad onta del genio, che avevano di rovesciare le leggi più antiche, per esercitare essi una maggiore autorità, non osavano di scopertamente contravvenire; n'escludevano indirettamente l'effetto, accordando alle femmine agnate il possesso dell'eredità nell'ordine de' cognati, nel caso, che non ci fosse agnato veruno, e secondo il grado, che tenevano nella cognazione. Venne Giustiniano, e tutto cangiossi (1).

Per altro lo spirito dell'antica Giurisprudenza era tutto diretto alla conservazione de' beni nelle famiglie, e conseguentemente a perpetuare l'eredità ne' maschi discendenti da maschi. Quindi è, che per escludere i discendenti, e congiunti per femmine, i quali avrebbero portato il patrimonio in famiglie straniere, in mancanza degli eredi suoi, e degli agnati, passava l'eredità ne' gentili, cioè a dire, nei maschi, che portavano lo stesso cognome, e traevano da uno stesso ceppo l'origine, quantunque per una lunga serie di successive diramate generazioni non potessero più determinare il grado di parentela, in cui erano al defunto congiunti. Dicevano espressamente le

(1) §. 3. *de leg. agn. succ.*

le XII. Tavole : *Se non ci sarà agnato alcuno, appartenga l' eredità a quei del casato*. Ma lo stesso Ulpiano, che ci conservò questa legge, ci avverte, che a tempi suoi la successione nella famiglia gentilizia era già pienamente andata in disuso, essendo stati a tutti i gentili preferiti i cognati, come piacque ai Pretori (1).

§. XII.

Le antiche leggi di Roma non facevano menzione della madre per l'eredità de' suoi figli, sebbene non di rado avvenisse, ch' eglino morissero senza testamento, o avanti l'età sufficiente per far testamento. Tra la madre, ed i figli non eravi diritto di agnazione, e di famiglia. Escludevanla dunque le leggi decemvirali. La madre è donna. Restava dunque esclusa dalla legge Voconia.

Come però un forte sentimento di natura parlava a favore delle madri, principiarono gli Editti de' Pretori a moderare il rigor delle leggi riguardo ad esse; e non potendo chiamarle alla successione de' figli nell' ordine degli agnati, le inclusero in quello de' cognati (2). Il cambiamento di governo, e la pubblicazione delle leggi Giulia, e Papia, fecero cangiare ben presto le disposizioni riguardo alle madri. L' Imperatore Claudio parlò a loro favore in Senato. Una madre, a cui una morte immatura avesse rapita la prole, e a cui la legge ne togliesse la successione,

(1) *Ulp. tit.* 26. *Caj. lib.* 2. *Instr. tit.* 8. §. 8.
(2) §. 1. *de S. C. Tertull.*

ne, poteva infatti destar compassione, e pietà. Nè restò commosso questo Principe, o s' infinse di esserlo; ed ordinò, che quasi in compenso, e per lenitivo della perdita de' figli, la loro eredità si devolvesse alle madri, come ad eredi legittime. Ma questo provvedimento non fu considerato qual legge stabile, e perpetua, e finì colla vita di Claudio. La legge Papia chiamava le sorelle all' eredità dei fratelli. Dopo di questo passo sembrava ragionevole cosa l' estenderla ancora alle madri per l' eredità de' figliuoli. Si fece codesta estensione, e si regolò la successione delle madri all' eredità de' figliuoli col mezzo del S. C. Tertilliano. Diamone il contenuto in compendio. Decretossi dunque, che succeder debba ai figli intestati la madre, quando però essendo ingenua, avesse partoriti tre figli, ed essendo libertina, ne avesse partoriti quattro, e quando nel caso, che ella fosse soggetta alla paterna podestà, preceduto fosse all' accettazione dell' eredità un previo comandamento paterno. Di più si ordinò, che non succedessero le madri, qualora il figlio defunto lasciata avesse discendenza; perchè questa esclude la madre. Resta ella esclusa del pari, quando vi sia fratello alcuno del defunto, o quando superstite sia il di lui padre; ma se vi sono solamente sorelle del figlio intestato, succede la madre insieme con esse (1). Non essendovi alcuna di queste persone, ella vien preferita a tutti gli altri agnati, e cognati nella legittima eredità de' figli suoi, non solamente procreati in legittimo matrimonio, ma avanti eziandio mercè d' un' illecito

(1) §. 1. *de S. C. Tertyll.*

lecito congiungimento con varj, e diversi uomini; mentre che di questa prole, quantunque spuria, non può dubitarsi, che non sia ella veramente la madre (1). Che se una madre avendo de' figli pupilli trascurasse di domandare per essi dai competenti Magistrati un idoneo tutore, quanto più presto puossi per lei: ovvero se rigettato il tutore come sospetto, o se si fosse egli dispensato, per aver addotte ragionevoli scuse; ella dentro il corso di un anno trascurasse di domandarne un altro, come costei avrebbe dimostrato poca premura per il vantaggio de' figli suoi; così resta privata di ogni diritto alla successione dei medesimi. Articolo egli è questo di legge appoggiato ad un principio così evidente di equità, che rimase confermato da Giustiniano medesimo, sebbene abbia egli in molti capi annullate, o cangiate le ordinazioni di questo celebre Decreto del Senato.

§. XIII.

Il S. C. Tertilliano aveva provveduto alle madri, riguardo alla successione ne' beni de' figli. Il S. C. Orfiziano dispose dell'eredità materna a favore de' figli, i quali per non avere relazione di famiglia, e di agnazione colla loro genitrice, non ci avevano diritto, e doveano cederla agli agnati di lei. Ben è vero, che li chiamava l'Editto Pretorio nel rango, e in qualità di cognati: Ma è vero pure, che ne rimanevano esclusi qualunque volta vi fosse un agnato superstite.

(1) *L.* 2. §. *6. l.* 15. 18. *D. ad S. C. Tertyll.*

te. Marco Antonio parlò in Senato a favore dei figli. Ventilata, e discussa la materia, sotto il consolato di Vezzio Rufo, e di Cornelio Scipione Orfito, formossi il Decreto del tenore seguente: Che i figliuoli dell' uno, e dell'altro sesso dovessero in avvenire succedere alla madre loro intestata, quali eredi legittimi a preferenza di qualunque altro agnato, a preferenza eziandio della madre, e del padre della defunta (1): Che codesta successione appartenesse indifferentemente tanto ai figli esistenti in famiglia, quanto agli emancipati; essendochè l' emancipazione, e il cangiamento di famiglia toglie bensì il diritto a quelle eredità, che competono per disposizione delle antiche leggi Decemvirali, ma non già a quelle, alle quali persone si chiamano in virtù di nuove leggi, o Decreti del Senato: Che se tra più figli superstiti non volesse alcuno, o non potesse accettare l'eredità della madre; la porzione, che a questo apparterebbe, si aggiunga per diritto di accrescimento a quel figlio, o agli eredi di quel figlio, il quale accettò l'eredità, sebbene egli morisse avanti, che l'accrescimento fosse seguito: Che non solo i figli naturali, e legittimi, ma i naturali ancora, ed i spurj, s' intendano capaci dell'eredità di colei, la quale non ostante la sua infamia, è indubitabilmente madre di essi. Tale si fu il contenuto del S. C. Orfiziano; e osserveremo soltanto, che avendo esso resi capaci della successione materna i soli figli, e non già gli altri successivi gradi dei discendenti; il privilegio a quelli accordato, fu poscia dagl' Imperadori

(1) *Leg. 1. 4. Cod. ad S. C. Orphit.*

dori Graziano, Valentiniano, e Teodosio esteso ai nipoti, i quali tutta intiera acquistansi l' eredità dell'avola loro, senza, che pretenderne possa la menoma parte il di lei padre, o madre sopravviventi.

§. XIV.

Come alla procreazione d'un uomo e padre, e madre richiedonsi in qualità d'inseparabili comuni principj; così tutte quelle persone, o maschi, o femmine siensi, le quali hanno in se trasfuso, ovvero, che partecipano del sangue del padre, o della madre, sono fra di se stesse in una relazione naturale di parentela, la quale dicesi cognazione. Raccogliesi da questa idea, che il termine di cognazione è più ampio di quello di agnazione. Imperciocchè agnati essendo coloro, che discesi per via di maschi dalla stessa origine, formano una famiglia medesima, ne avviene, che ogni agnato sia anche cognato, mentre cognati fra se diconsi quelli ancora, che sono congiunti per via di donne, e in conseguenza sono di famiglie diverse. La relazione di agnazione dipende dall'identità di famiglia, ed è fondata principalmente sopra il diritto civile. La relazione di cognazione dipende dall' identità del sangue comune ad altri col padre, o colla madre, ed è fondata sopra la legge di natura unicamente.

Il diritto civile nel dare l'eredità avea solamente riguardo all'identità di famiglia. Ne escludeva pertanto e i parenti per maschi, qualora coll'emancipazione usciti fossero dalla famiglia, ai

qua-

quali rimaneva soltanto la cognazione dipendente dai rapporti naturali del sangue. Ne escludeva molto più i parenti per donne, come quelli, i quali non avevano avuto giammai la relazione d'identità di famiglia. Ma perdevano per questo o i primi, o i secondi la comunione del sangue, e quei rapporti, che vicendevolmente gli uniscono, e che hanno la loro sufficiente ragione nell' ordine della natura?

L'Editto Pretorio supplì al difetto delle leggi. Chiamò alle successioni intestate i cognati, e per nome di cognati intese e gli agnati, che avendo perduto per l'emancipazione, e per l'adozione il diritto civile di famiglia, conservavano il naturale del sangue; e i congiunti per donne maritatesi *in famiglia straniera*; e gli spurj, che non avendo *fra se diritto* di agnazione per l'incertezza del padre, hanno però quello della cognazione, comunicato dal sangue trasfuso in essi dalla madre, la quale è certamente la stessa. Li chiamò in mancanza degli eredi suoi, e dei legittimi, e in questo caso diede la preferenza a quelli, che si trovassero in grado più vicino al defunto. Nel determinare i gradi, ai quali si estende il diritto di succedere ab intestato, stabilì, che fossero capaci i cognati sino al settimo grado di distanza dalla persona del morto, quando gli agnati ne sono capaci sino al decimo: onde ne avveniva, che un agnato, sebbene per dieci interi gradi discosto, potea per diritto pretendere all'eredità, a cui non avea più azione un cognato, che fosse al di là del settimo grado.

§. XV.

§. XV.

Necessario è quì dunque il sapere, quale regola osservassero le antiche leggi, per misurare la distanza dei gradi di parentela; tanto più, quanto che ad onta delle rivoluzioni, alle quali andò soggetta la Giurisprudenza Romana, anche a dì nostri si danno l'eredità secondo i gradi, e si misurano i gradi secondo le regole anticamente fissate.

Ogni parentela, che ragione abbia in natura, è fondata sull'identità, e comunione del sangue. Io mi dirò dunque parente di quei soli, e di tutti quelli, che hanno meco il sangue comune. Ora il sangue è meco con altri comune, o perchè questi furono mercè dell' atto della generazione la causa mediata, o immediata della mia esistenza, o perchè eglino da me l'hanno ricevuta, o perchè sebbene nè eglino l'abbiano da me, nè io l'abbia ricevuta da loro; l'abbiamo entrambi però ricevuta egualmente da uno stesso individuo, al quale dobbiamo ascriverla egualmente. Dunque io divengo cognato, e parente di tutti quelli, che per una serie progressiva di generazioni, concorsero a dare a me l'esistenza; di tutti quelli, i quali per una serie successiva di generazioni riceverono l'esistenza da me; e di tutti quelli, i quali ebbero l'esistenza da un principio, dal quale la riconosco anch' io, quantunque vicendevolmente non ci siamo procreati. Queglino, che ebbero da me l' origine, li chiamo discendenti; quelli, che a me la diedero, li chiamo ascendenti; e tutte queste persone generanti, e gene-

rate le pongo in serie, e ne formo una linea retta di ascendenti, e discendenti. Ma perchè alla generazione d'un uomo vi concorre necessariamente e il maschio, e la femmina; nella serie degli ascendenti vi pongo i generatori tanto del padre, quanto della madre; e nella serie di discendenti vi pongo i procreati egualmente dai miei figli, che dalle mie figlie, essendo vero che sì gli uni, come gli altri debbono riferire a me la loro esistenza. Quelli poi, che intanto hanno meco comune la relazione del sangue, in quanto prodotti furono da quello stesso principio, che a me diede la vita, li dico collaterali; e questi pure ordinatamente li dispongo in più linee transverse, diramate quai rami da un tronco solo, cioè da quella persona, dalla quale abbiamo avuto la stessa sorgente, ed origine.

Fatta così la preparazione, venghiamo allo scioglimento del problema proposto. Trattasi di determinare in qual grado, vale a dire, in quale distanza di parentela io sia con altra mia cognata persona. Questa rispetto a me sarà o ascendente, o discendente, o collaterale. Ma in qualunque linea ella trovasi, io faccio uso di un solo assioma, e dico: Tanti sono i gradi di distanza fra essa, e me, quante sono le generazioni, ovvero in altre parole: Tanti saranno i gradi, quante persone s' interpongono fra essa lei, e me, detrattane sempre una dalla somma. Tra padre, e figlio non ci è più di una generazione, ma vi son due persone. Tra avo, e nipote ci sono due generazioni, e tre persone. Dunque padre, e figlio sono in primo grado di consanguinità: avo, e nipote sono in secondo. Per giungere a mio

fra-

fratello, risalisco al padre comune principio d'ambedue. Siamo tre persone; saremo dunque congiunti in secondo grado. Applichiamo la regola a tutti i casi, e secondo questa determiniamo i gradi di propinquità giusta le leggi civili, essendochè sono alquanto diverse le teorie delle leggi Canoniche, esposte a suo luogo nel titolo delle nozze, perchè riguardo ai matrimonj osservasi il computo prescritto dalla legge Ecclesiastica, e riguardo all' eredità osservasi il computo prescritto dalla legge Civile.

§. XVI.

Quantunque i figli generati da persone di condizione servile, fossero naturalmeute cognati del padre, e della madre, che li misero al mondo; contuttociò nè per disposizione di leggi, nè per autorità degli Editti Pretorj, erano resi capaci dell' eredità de' propri genitori. Degradavasi l'umanità a tal segno, che nell'ipotesi, che il padre, o la madre fossero servi, e in tale stato o generati, o partoriti avessero de' figliuoli; questi, sebbene poscia fossero posti in libertà, rimanevano esclusi dalla successione e de' loro genitori, e de' loro fratelli. Una costituzione di Giustiniano ristabilì ne' suoi diritti la natura; ordinando che i figli nati in servitù fossero ammessi all' eredità intestata dei genitori, come vi erano ammessi i figli nati dopo l' acquisto della libertà; ed eziandio, che reciprocamente i fratelli potessero fra di se stessi succedere. Basti l'aver dato un cenno di questa materia, la cognizione di cui ci è affatto superflua.

§. XVII.

Un padrone, che donata avesse ad un servo suo la libertà, conferito gli avrebbe un benefizio inestimabile. Liberandolo dalla servitù, lo rendeva indipendente, lo rendeva cittadino: eragli un altro padre, rigenerandolo alla vita civile. Sull'obbligazione di corrispondere con dovuta gratitudine a beneficio sì grande erano fondati i diritti di padronaggio, fra i quali uno de' più considerabili era la successione accordata al manumittente nelle facoltà del liberto intestato. Se viene a morte un liberto intestato, diceva la legge delle XII. Tavole, e senza, che abbia eredi suoi, nel caso, che siano in vita i manumissori, o i loro discendenti, passi l'eredità del liberto all'agnato il più prossimo della famiglia del Patrono.

Affinchè dunque luogo avesse codesta successione, richiedevansi due condizioni: la mancanza di testamento, e la mancanza di eredi suoi. Poteva un liberto testare, e testando istituire eredi o gli agnati suoi, o persone estranee, e toglieva in questa guisa qualunque azione ai suoi manumissori. Poteva morire intestato, ma lasciare dopo di se o figli, o nipoti; anche questi escludevano la famiglia dei patroni. Aprivasi dunque il caso alla successione in favore dei manumittenti, qualunque volta soltanto morisse il liberto e senza prole, e senza testamento; e in quest'ipotesi succedeva il patrono, se era superstite, e quando egli più non ci fosse, succedevano i di lui figli, o nipoti, o agnati in eguali porzioni, e serbata

la

la prerogativa del grado; cosicchè il più prossimo escludeva sempre il più rimoto senza, che si potesse far uso del diritto di rappresentanza nemmeno nella linea dei discendenti.

Secondo le leggi delle XII. Tavole erano in diritto i liberti d' istituire in erede qualunque altro a preferenza del loro benefatore; e bastando, che avessero un figlio per escluderlo dalla successione, un figlio, che adottato si avessero, toglieva ai padroni l' eredità. Le fortune dei liberti erano ordinariamente abbondanti, ed il lasciarle passare tutte in altre mani a pregiudizio della casa, che dando ad essi la libertà, avea loro dato il modo di acquistarle, era una cosa contraria alla buona politica. Cosa fece dunque il pretore? fece sapere nel suo Editto (1): Che se un liberto avesse figliuoli naturali, o in podestà, o emancipati, o dati in adozione, li potesse istituire suoi eredi, e che l' istituzione di questi escluderebbe i padroni da ogni pretesa: Che nel caso, che diseredasse i suoi figliuoli, e istituisse degli estranei, la metà dell' asse dovesse lasciarsi al manumittente, e che il Pretore ne lo porrebbe in possesso, qualunque volta questa metà non gli fosse lasciata: Che se il liberto morisse intestato, come la di lui prole naturale sarebbe preferita al padrono; così in concorso di prole soltanto adottiva, si accorderebbe a questo il possesso della metà del patrimonio.

Comparvero ai tempi di Augusto le leggi Papie favoreggiatrici de' matrimonj anche dei liberti; elleno diminuirono vieppiù i diritti del padro-

(1) §. 1. *de success. liber. L. 1. D. de bon. libert.*

naggio. Si distinsero allora i liberti in centenarj, e non centenarj. Centenarj dicevansi quelli, il patrimonio de' quali libero, e purgato da debiti, ascendeva al valore di centomille sesterzj; non centenarj quelli, l'asse de' quali era a questa somma inferiore. Riguardo alla successione di questi ultimi, confermò la legge Papia le disposizioni delle XII. Tavole. La sopravvivenza di un qualche erede suo, escludeva i patroni dall'eredità dei liberti. La mancanza di erede suo costituivali eredi. Ma riguardo alla successione de' primi, il liberto intestato o lascia uno, o due figli, ovvero ne lascia tre, e più. Ne ha egli un solo? Aspettasi a questo il semisse dell'eredità, ed appartiene al patrono il residuo. Ne ha egli due? Dividasi l'asse in tre parti eguali, ed il solo triente apparterrà, come a titolo di legittima, al patrono, oppure alla di lui figliuolanza: ma se giunse ad averne tre, o più; il numero de' figli estingue interamente ogni diritto, che aver poteva il manumittente alla successione.

Venne Giustiniano alla fine, nè piacque a lui ciò, ch'era sembrato buono ad Augusto. All'eredità dei liberti, che senza prole alcuna morissero, chiamò i manumissori, ma totalmente gli escluse ogni qualvolta discendente alcuno vi fosse di qualunque sesso, e in qualunque grado: e mentre le antiche leggi davano ai patroni obbliati nel testamento d'un liberto, la metà dell'eredità; Giustiniano ne assegnò la terza parte, ma sempre libera, e non soggetta a detrazione di legati, e fidecommessi, e trasmissibile oltre ai figli anche ai parenti del patrono sino al quinto grado di cognazione.

§. XVIII.

§. XVIII.

Succedeva il patrono al liberto. Succedevano in di lui mancanza i figliuoli, e succedevano tutti egualmente, perchè erano tutti nel medesimo grado, ed avevano il medesimo titolo. Poteva un padre però mettere dell' ineguaglianza tra i figli, e far sì, che un solo fra questi l'erede fosse del liberto ad esclusione de' fratelli suoi, mercè di un atto, il quale assegnazione dicevasi, e che non consiste in altro, se non che in una dichiarazione di volere, che i diritti di padronaggio passino in uno de' figli piuttosto, che in tutti; dichiarazione, la quale perchè non era atto solenne, e legittimo, farsi indifferentemente poteva e in voce, e in iscritto, e in testamento, e per contratto, e puramente, e condizionatamente. Codesta facoltà di assegnare i liberti fu autenticata con particolare decreto del Senato ai tempi di Claudio sotto il Consolato di Rufo, e di Scapula. Ulpiano ce ne conservò le parole precise. Impariamo da queste, che non era permesso assegnare liberti, se non a chi avea in patria podestà almeno due legittimi figli, e naturali: che in virtù dell' assegnazione il figlio solo prediletto, e i di lui discendenti diritto avevano di succedere al liberto; che estinta la discendenza di questo, riviveva ne' di lui fratelli il diritto di succedere, come se seguita non fosse mai assegnazione di sorte.

§. XIX.

Successione in primo luogo degli eredi suoi; successione in secondo luogo degli agnati; successione in terzo luogo dei gentili; successione in quarto luogo dei patroni: ecco i quattro ordini, e gradazioni di eredità intestate, secondo le leggi primitive, e fondamentali di Roma. Abbiamo osservato altresì, come i pretori sconvolsero questo sistema, o ricusando di riconoscere per eredi le persone volute eredi dalle leggi, o riconoscendo per eredi classi di persone non volute dalle leggi medesime. E' vero, che ne' suoi Editti quell' illustre Magistrato si protesta di non considerare queste persone come eredi, ma solamente come posseditrici de' beni d'un defunto. Ma chi non vede, che questa differenza di nome altro non è in realtà, che un puro artificio inventato per soddisfare le apparenze, ed ingannare il popolo, senza i voti del quale non poteva abrogarsi una pubblica legge? Non si dava eredità; ma s'impetrava un possesso. Questo possesso era accordato, e sostenuto dall' autorità d'un Magistrato amministratore della giustizia; e questo possesso produceva i medesimi effetti, che avrebbe prodotti il titolo di eredità. Veggiamo dunque a quali classi di persone, e in quali circostanze codesto possesso dai pretori si desse; con che verremo a sapere, quante, e quali si fossero le eredità, o le maniere di ereditare introdotte dal diritto non già propriamente civile, ma dal Pretorio, mettendo sotto un solo punto di vista tutto quello, che riguardo ad esse abbiamo sparsamente accennato.

§. XX.

§. XX.

Cosa è dunque codesto possesso, che senza avere il nome, tutte avea le qualità d'una vera eredità? Era un diritto accordato a certe persone, e in certe circostanze, di appropriarsi, e di ritenersi tutto il patrimonio, e tutte le facoltà, che in qualunque maniera appartenere potessero ad un defunto, allora quando moriva. Essendo un diritto, cioè a dire, un titolo, ed una facoltà impartita da un sovrano Magistrato legittimo; chiunque l'ottenne, ha in conseguenza azione legittima di poter ripetere, come sue, o come a se dovute, tutte quelle cose, che erano di ragione del morto, e di costringere alla restituzione chiunque appresso di se le ritenesse, ed ha similmente azione legittima per ricusare di darle a chiunque ardisse di torle di mano a chi ne è divenuto in questa guisa il possessore. Essendo un diritto esteso a tutto il patrimonio d'un defunto, ne segue, che in virtù di questo si faccia tutto ad un tratto l'acquisto non solo delle cose corporali, ma delle incorporali ancora, e come i crediti, e le azioni, così anche le obbligazioni, e i debiti passino nel possessore, come cose, che annesse sono in qualche modo alla massa dei beni, e del patrimonio, del quale impetrossi il possesso.

Questo possesso davasi o in conseguenza dell' Editto solamente, o in conseguenza d'un particolare Decreto. Nell'Editto chiamavansi all'eredità certe classi di persone, quali sono gli agnati, i cognati, i mariti, e le mogli. Uno, che fosse o agnato, o cognato, o marito, era in diritto di

do-

domandare la possessione a qualunque Giudice, in esecuzione d'un ordine generale, che espressamente favorivalo: non ci era bisogno di discussione di causa, di prolazione di sentenza: ogni Magistrato poteva, e doveva rilasciare alla semplice di lui inchiesta, l'ordine esecutivo: bastava soltanto, che sommariamente, e senza forma giudiziaria si provasse, esser lui nella classe delle persone nell' Editto nominatamente comprese. Questa dicevasi Possessione Edittale. Ma succedeva alle volte, che accordandosi nell' Editto a certe persone il possesso, colla supposizione però, che avessero un determinato requisito, e qualità necessaria; poteva mettersi in dubbio, se veramente codesto requisito, e qualità in loro si rinvenisse. In questa circostanza concedersi non doveva il possesso dei beni, se pria non fosse rilevata la verità; nè bastava un' informazione piana, e sommaria, ma la si voleva distesa, e formata con tutti i riti giudiziarj; nè un tale processo discutersi poteva avanti qualunque Magistrato, ma avanti il giudice competente unicamente, il quale esaminata la causa, dal suo tribunale pronunciasse un decreto, il quale autorizzasse il possesso, e lo dichiarasse esser conforme all' Editto. Questa chiamavasi Possessione Decretale. Apportiamone per maggior chiarezza gli esempj. Se un padre morendo lascia incinta la moglie, e nel suo testamento obblia la prole ancora rinchiusa nell' utero, nè nominatamente istituendola, nè espressamente diseredandola; il Pretore comanda nel suo Editto, che diasi la possessione dell' eredità al ventre materno, onde abbia la donna gli alimenti necessarii sino al tempo del parto. Codesto pos-

sesso

sesso sarebbe edittale. Intanto però la possessione si accorda alla donna, in quanto supponesi gravida, e resa gravida dal suo marito. Che se posta in dubbio venisse o la di lei gravidanza, o la di lei onestà; debbe interporsi un decreto, il quale autentico renda il possesso, e in questo capo decretale diventa (1). Così se ad un fanciullo già nato mossa venisse questione, se nato fosse di legittimo matrimonio, se nato fosse di madre libera; l'editto del Pretore C. Papirio Carbone lo pone in possesso dell'eredità sino a tanto, che arrivato all'età pubere, possa egli da tale imputazione difendersi; ma un tale possesso debbe essere preceduto, ed avvalorato da un particolare Decreto (2).

Due considerabili differenze passano tra la possessione Edittale, e la Decretale; ed ambe hanno la loro origine nella diversa natura di quest'atto, e di quello. L'Editto dona l'eredità a certe persone: hanno queste diritto d'impetrarne il possesso, di valersi del benefizio, che il Magistrato ad esse concede. Come dunque può ciascheduno rinunciare al benefizio, che gl'impartisce graziosamente la legge; così possono queste liberamente rinunziare a quella successione, alla quale le chiama l'Editto. Ma che? attualmente non la acquistano, se prima espressamente non la accettano (3). All'opposto quando s'impetra un Decreto, come questo non si rilascia giammai, se

non

(1) *L. 3. D. de hær. petit. Leg.* 1. *D. ut ex Leg. possess. det.*

(2) *Leg.* 1. *l.* 3. *D. de Carb. Editt.*

(3) *Leg.* 1. §. 3. *D. de bon. possess.*

non ad istanza della parte; l'eredità in virtù del Decreto è già positivamente deferita, ed accettata. Ora ciò, che una fiata fu realmente acquistato, non ci è più permesso di ripudiarlo (1). Dal che ne segue, che una possessione decretale non può esser più ripudiata.

Potevasi non far uso del benefizio, che accordava l'Editto; dovevasi alle volte impetrare il decreto. Ma e nell'uno, e nell'altro era ben conveniente, che determinato fosse dalla legge un tempo limitato, oltre del quale nè più uso farsi potesse dell'Editto, nè più impetrar si potesse il decreto; onde l'eredità a quegli altri si devolvesse, i quali ragione vi avessero, o pure ai creditori, il soddisfacimento de' quali si prorogava con ingiustizia. Determinossi il tempo e per l'una possessione, e per l'altra. Amendue convengono in questo, che il tempo comincia a scorrere a danno di chi doveva domandare il possesso da quel giorno soltanto, che seppe essersi aperto il caso a suo favore, e che potè farne l'uso dovuto. Ma come, che la possessione Edittale non ricerca nè cognizione di causa, nè interposizione di giuridica solenne sentenza; così i giorni prescritti per ottenerla sono continui, computandosi in essi tanto i festivi, quanto i feriali: all'opposto i prescritti per impetrare la Decretale sono utili, non entrando nel numero di questi tutti quei, i quali sono nefasti, e ne' quali è chiusa l'udienza; essendochè ella esige discussione di causa, e tutto l'apparato forense.

§. XXI.

(1) *Leg.* 1. §. 7. *D. de sucess. edit.*

§. XXI.

L' Edittale possessione esser può o ordinaria, o straordinaria. Ordinaria dicesi quella, che ottiensi da persone nominatamente nell' Editto comprese, e in conseguenza dell' autorità dell' Editto medesimo. Straordinaria quella, che da un qualche S. C., o dalle costituzioni degli Imperatori può essere accordata ad altre persone, che specificate nell' Editto non leggonsi; quale però Edittale si appella in quanto l' autorità Pretoria diventa l' esecutrice di queste leggi.

Per altro come ad un' Eredità si succede o in virtù di un testamento, che ad essa ci chiama, o per l' autorità della legge, che ne dispone a favor nostro in mancanza di testamento: così l' Edittale ordinaria possessione si accorda e nel caso, che vi sia testamento, e nel caso di morte ab intestato. Quando vi è testamento, o ne sostiene la forza il Pretore, accordando agli eredi istituiti il possesso dell' eredità, e allora la possessione è relativa, e conforme allo scritto, *secundum Tabulas*, o non assiste colla sua autorità alla disposizione testamentaria, non accordando agl' istituiti, anzi accordando ad altri il possesso; e allora la possessione è contraria allo scritto, *contra Tabulas*.

§. XXII.

Affinchè ottener si potesse conforme al testamento il possesso da quei, che erano o in tutto, o in parte, o nel primo, o nel secondo grado dichiarati eredi; richiedevasi necessariamente e la capa-

capacità di testare nel disponente, e l' esistenzà della disposizione, la quale provata fosse col numero legittimo di sette testimonj (1). Verificati questi due preliminari, davasi a tenore del testamento la possessione al postumo alieno istituito, il quale per diritto rigoroso civile non poteva essere scritto erede. Davasi agli eredi nominati nel caso, che pretermesso fosse un proprio figlio del testatore, quando questi premorisse in vita del padre disponente (2). Davasi agli eredi anche legittimamente istituiti, ai quali esser di vantaggio sempre poteva, e non mai di danno il succedere per doppio titolo, e come chiamati nel testamento, e come chiamati dall' Editto Pretorio.

Contra la disposizione accordavasi la successioai *figli* o *naturali*, o *adottivi* obbliati nel testamento paterno dopo la loro emancipazione. Sossisteva questo per legge; perchè non essendo più eredi suoi al testatore i figli emancipati, necessaria cosa non era il farne espressa menzione. Con tuttociò non tralasciando eglino d'esser figli, l'equità naturale indusse i Pretori a conceder loro la successione ne' beni paterni, se non in qualità di eredi, almeno in qualità di possessori.

§. XXIII.

Non si mancò dell' opportuna provvidenza anche per le successioni intestate. Si ammisero a queste nove classi di persone, a ciascheduna delle quali

(1) *Leg.* 1. §. 1. 8. *D. de bon. possess. sec. Tab.*
(2) *L.* 17. *D. de inj. rupt. irrit. test.*

quali gradatamente si accordava il possesso dell' eredità. Noi le annovereremo tutte con quell'ordine, in cui furono nell' Editto disposte. Chiamavansi dunque in primo luogo i discendenti, fra quali i figli emancipati, che avevano perduto il loro rango in forza delle leggi civili. In secondo luogo gli eredi legittimi, vale a dire, gli agnati i più prossimi, comprendendo in essi le sorelle, ed i fratelli, quantunque emancipati; e perchè il padre fiduciario, che era il manumissore del figlio emancipato, acquistava riguardo a lui il diritto di agnazione, e in conseguenza non di rado veniva ad escludere quei, che erano al figlio emancipato congiunti per sangue, a preferenza di questo si chiamarono dieci persone in terzo luogo, e furono il padre, e la madre, l' avolo, e l'avola sì dal canto del genitore, che della genitrice, il figlio, e la figlia, e di entrambi parimenti i figliuoli, il fratello, e la sorella, o consanguinei, od uterini che fossero. Chiamavansi in quarto luogo i cognati più propinqui. In quinto i padroni. In sesto gli agnati dei padroni, in difetto de' discendenti. In settimo il marito alla successione della moglie, e la moglie a quella del marito. In ottavo i cognati del manumittente. Che se nessuno ci fosse di tanti, che o potesse, o volesse succedere; l'eredità divenuta in allora caduca, e vacante, deferivasi in ultimo luogo all' erario del popolo, o al fisco del Principe.

§. XXIV.

E per nulla ommettere di quanto gli antichi Romani avevano relativamente all' eredità stabilito;

lito; faremo memoria di quattro particolari maniere di acquistare l'intero patrimonio di una persona, le quali o sono veramente eredità, o alle eredità di molto si accostano. Un uomo padrone libero di se stesso, un padre di famiglia, se si dava ad altri in arrogazione, tutto ciò, che aver poteva, lo trasportava in dominio del padre arrogante. Acquistava egli fatto già figlio qualche cosa? Acquistavala al padre. Avea egli contratti de' debiti? Ne era responsabile il padre del pagamento coi beni suoi proprj. Moriva egli in questa nuova famiglia? Succedevali il padre. Non ci era legge, non eravi decreto del Senato, che avesse in questa guisa regolati i diritti dell' arrogazione. Se ne era introdotta a poco a poco la consuetudine; e questa autorizzata dalla pratica del foro divenne finalmente una legge (1).

Giustiniano vi fè de' cangiamenti. Non più tutti i beni d' un figlio arrogato passano in pieno dominio del padre. Se gli preservano intatti i castrensi, e quasi-castrensi: e se anteriormente all' arrogazione ne possedeva d'avventizj, quali sarebbero i beni in lui pervenuti dalla linea materna, e per ragione della moglie, e per sua particolare industria, e per fortuna; di questi ne ritiene il figlio la proprietà, e il diritto di disporne morendo, passandone al padre il solo usufrutto. Che se poi codesto figlio arrogato morisse intestato, senza lasciare fratello veruno; in allora soltanto avrebbe luogo la generale successione del padre, come era in uso anticamente (2).

§. XXV.

(1) §. 1. *de adquisit. p. adrogat.*
(2) *Leg. 6. Cod. de bon. quæ lib.*

§. XXV.

Se un uomo aggravato da debiti venendo a morte, facesse testamento; istituisse i suoi eredi; desse libertà o direttamente, o per fidecommesso a' servi suoi: può ben accadere, che codesta gravosa eredità non si voglia accettare da alcuno, e che rimanga destituto il testamento, onde in conseguenza ne veniva, che dovrebbono rimanersene servi gl' infelici beneficati. Così infatti accadeva avanti un dolce ripiego proposto, e comandato da Marco Aurelio Antonino. I beni del defunto si aggiudicavano a quello tra i servi manomessi in testamento, il quale promettesse di dare la libertà ordinata a tutti i suoi compagni, e cauzione esibisse ai creditori dell' intero rimborso. Offerite, ed accettate queste due condizioni, questo servo diveniva erede universale del morto, come se fosse o legittimo, o testamentario di lui successore.

Che se servo alcuno non fossevi, il quale per porsi in libertà, soggiacere a questi passi volesse; i creditori in allora entravano in possesso de' beni. Il magistrato li vendeva all' incanto al più offerente. Il compratore ne faceva l' acquisto, sempre però coll' obbligazione di soddisfare i creditori, o di transigere, patteggiando con essi. Rappresentando egli dunque la persona del defunto nell' obbligo del pagamento, considerato veniva come suo erede; e la compera, che fece dell' intero patrimonio, come una specie di successione.

Resta l' ultimo modo di succedere approvato con particolare Decreto dal Senato, l' occasione

del quale si fu la sfrenatezza delle Dame di Roma, le quali si abbandonavano vergognosamente ad ogni eccesso colle persone le più abiette, e di condizione servile. Per porre dunque un qualche freno all'innoltrato disordine, si decretò: Che una donna ingenua convinta di essersi prostituita ad un servo senza saputa del di lui padrone, s' intendesse resa ella medesima serva; e in conseguenza le di lei sostanze tutte cadessero in dominio del padrone di colui, che essa aveva più amato della sua pudicizia, e decoro. Rigorosa pena, che ne' secoli posteriori Giustiniano abolì, pieno di compassione per la debolezza naturale del sesso, e pieno di riguardi, per non deturpare colla servitù di una donna il lustro di quelle nobili forse, ed antiche famiglie, nelle quali poteva essere nata.

Dell' Ordine delle successioni intestate secondo le Novelle di Giustiniano.

§. XXVI.

Eccoci finalmente giunti a Giustiniano: arrivati a quell' Epoca, in cui smossi i confini dei maggiori, si adottarono altri principj, e si cangiò tutto il sistema delle successioni. La conservazione dei beni nelle famiglie era il principio regolatore degli antichi Romani. Si discostarono da questo i Pretori, ma con riserva. La Monarchia resa assoluta; i costumi d' Oriente, ove si era fissata la residenza de' Cesari; il genio particolare di Giustiniano: tutte queste cose influirono nel cangiamento totale, che seguì nella Giurisprudenza

prudenza, riguardo al succedere nelle eredità intestate, sotto l'Impero, e per Decreto di questo Principe. Non si ebbe più riguardo alcuno alla ragione politica di conservare gli aviti retaggi nelle famiglie; ma come ne' testamenti si volle, che la sola dichiarata volontà dei testatori fosse l'ultima dispositrice dell'eredità, così fu stabilito: Che le successioni intestate si appartenessero a quelle persone, alle quali ragionevolmente si presume, che lasciate le avrebbe il defunto, se avesse testato. Ora ragionevole cosa è il presumere, che ciascheduno fosse per chiamare alla sua eredità quelle persone, alle quali fra le altre tutte portava affetto maggiore. Si regolò in conseguenza l'ordine delle successioni secondo il maggiore, o minore affetto, che suole generalmente, e dee naturalmente portare ogni uomo a coloro, coi quali vive in reciproca relazione di sangue.

I sentimenti di amore, che la natura c'inspira verso i parenti, sono più, o meno intensi a proporzione dei rapporti, che più o meno intimamente ad essi ci uniscono. Amansi sopra di tutti le persone, alle quali abbiamo data la vita; le consideriamo quali altri noi, e in questi effetti amiamo la causa, che li produsse. L'amore per loro è lo stesso, e inseparabile dall'amore di noi medesimi. Amansi dopo di questi quei, che ci diedero l'essere: amansi per istinto, amansi per interesse, amansi per gratitudine. Meno dei figli, e meno dei genitori si amano quelli, i quali hanno ricevuta la vita da quel medesimo sangue, da cui abbiamo noi tratta la nostra; ma pure a confronto di ogni altro si amano con una preferenza, che ha la sua ragione nella natura, e che è

giustificata dal nostro raziocinio. Supposto dunque, che debbansi dare l'eredità intestate a tenore della presunta volontà e del grado maggiore di affetto, che secondo l'ordine naturale deve avere ciascuno per i suoi congiunti di sangue, dovremo inferire, che abbia egli voluto chiamare a preferenza di tutti i discendenti da se, poscia gli ascendenti suoi, e ultimamente gli altri parenti. Questo appunto è il principio adottato da Giustiniano. L'ordine dell'amore è il fondamento dell'ordine delle successioni da esso lui stabilito. In conseguenza di questo si fecero cinque ordini di eredi. Si chiamarono in primo luogo i discendenti; gli ascendenti in secondo; i collaterali nel terzo; nel quarto il marito, e la moglie; e in ultimo il fisco. Discorriamo partitamente di tutti.

§. XXVII.

La ragione, per cui si devolve la successione ai discendenti a preferenza di tutti, si è la predilezione, che credesi aver avuto il defunto per essi; e la ragione di questa più gagliarda affezione si è, l'avere esso data ai discendenti suoi l'esistenza, e la vita. Ma codesta esistenza hannola ricevuta dai genitori tanto i figli, quanto le figlie: tanto la ricevettero i figli ritenuti in podestà, quanto gli emancipati. Coerentemente dunque a questo fondamentale principio, ci ammaestra la legge, che i figli succedono ai genitori senza distinzione di sesso, senza differenza di trovarsi, o non trovarsi in podestà (1). Perchè però

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 1.

rò i figli emancipati concorrono insieme coi fratelli ritenuti in famiglia in quanto, che suppongonsi e gli uni, e gli altri amati egualmente dal padre; codesto eguale amore esige, che i fratelli tutti succedano in eguali porzioni nelle sostanze del padre. Ora questa eguaglianza di porzioni non vi sarebbe tra i figli, se ciascheduno di essi non imputasse nella porzione sua, o non rimettesse nella massa dell' eredità tutto ciò, che in lui pervenne per liberalità, e di ragione paterna, e che peculio profettizio si chiama. Quindi è che una figlia dotata dal padre, concorrendo alla di lui intestata successione, è tenuta a conferire la dote ricevuta: un figlio, al quale abbia suo padre donato qualche cosa per assicurare la dote di sua moglie, è tenuto a computarla nella sua parte, e così è tenuto l'emancipato a rifondere tutto quello, che ebbe dal padre, allora quando uscì fuori della famiglia (1).

Egli è evidente, che succedendo i figli in virtù dello stesso principio di dilezione tanto al padre, quanto alla madre, la stessa eguaglianza debbesi conservare fra tutti nel dividersi la scaduta eredità: e perciò sono da osservarsi le medesime proporzionali collazioni dei beni profetizj materni, qualunque volta non siavi in contrario l'espressa volontà o della madre, o del padre. Non è però così evidente lo stabilir in qual modo, e con quale proporzione debbano succedere ad un padre, o ad una madre i figli nati di matrimonio, e di talamo diverso. Uno si marita; è reso padre d'un figlio; muore la moglie; egli si

 rima-

(1) *Leg.* 15. 17. *Cod. de collat. Nov.* 18. *Cap.* 6.

rimarita; diviene padre di due figli; muore intestato. Come succedono i figli alla di lui eredità? Facciamo la stessa ipotesi riguardo ad una donna, che vivi avendo figliuoli da due diversi mariti generati venga a morire senza testamento. Come succederanno eglino alla madre? Io dico dietro alla scorta delle leggi, e dell'equità naturale (1). L'eredità di un padre o di una madre binuba può essere formata da due diverse specie di beni. Un uomo ha il patrimonio de' suoi maggiori; ha quello, che acquistossi colla sua industria; quello, che lasciato gli venne, o donato da altri. Di più: se maritasi, può avere la dote della moglie; può avere ciò, che pervenuto per altri titoli nella moglie, passò poscia in esso lui per disposizione di essa, o per ragione di patti stipulati nel contratto di nozze. Così del pari la donna può avere patrimonio indipendentemente dalle facoltà, che lasciolle il marito, e indipendentemente dalla sua dote; può avere patrimonio risultante da contradoti, da dimissorie, da legati fatti a lei dai mariti, che prese. Premessa questa distinzione di beni, i figli nati da un padre istesso, e da madri diverse, egualmente, e indistintamente succedono *in capita* in quelle facoltà, che furono o tramandate nel padre dai maggiori, o acquistate da esso coll'industria, o donategli dalla fortuna. Ebbero egualmente l'esistenza da lui; sono amati egualmente da lui: dunque sono eredi egualmente delle sostanze proprie di lui. Ma le doti, che in lui pervennero, ma i beni in lui scaduti *uxorio nomine*, sono per natura destinati a favore di

(1) *Leg.* 4. *Cod. de secundis nupt. Nov.* 22. *Cap.* 29.

di quella prole, alla procreazione della quale concorse la madre. Ella non concorse alla nascita de' figli d'un matrimonio diverso. Dunque si separino dalla massa dell'eredità le doti delle due mogli, e queste si assegnino a quei soli tra i fratelli, ch'ebbero la medesima madre. Per la stessa ragione i figli tutti nati da un medesimo ventre succederanno in eguali porzioni alla madre nelle facoltà di lei proprie; ma se ella possedesse a titolo di contradote, o di sponsalizia largità cose dal primo, o dal secondo marito lasciatele, succederanno in queste quei soli figli, che furono generati da quel marito, che la beneficò.

§. XXVIII.

Le cose dette hanno luogo riguardo a quei figli, che sono nati di legittimo matrimonio. Riguardo ai legittimati abbiamo avvertito di sopra, come Costantino fu l'autore della legittimazione per la celebrazione susseguente di matrimonio, e Teodosio, e Valentiniano furono autori della legittimazione per l'offerta fatta de' figli alla Curia. Aggiungeremo a queste un'altra maniera di legittimare, da Giustiniano stesso introdotta, e confermata; cioè a dire, per rescritto del Principe, in forza del quale un padre presentata supplica al Sovrano, dimanda di poter in qualità di legittimo trattare un figlio suo naturale; alla qual supplica, se favorevolmente viene risposto, viene considerato per legittimamente nato il figliuolo.

Ora i legittimati mercè del matrimonio contratto poscia con quella, che fu loro madre, quantunque non fosse moglie, succedono non solo al-

la genitrice in tutti i di lei beni, ma al genitore eziandio, e ne' proprj suoi, e ne' beni in lui derivati dagli ascendenti; e quando vi fossero fratelli veramente legittimi, quantunque nati dopo la celebrazione delle nozze, concorrerebbero del pari con essi, ed in eguali porzioni, essendo tutti nel medesimo grado, e per disposizione di legge egualmente capaci della successione.

L'offerta d'un figlio naturale fatta alla Curia, non è favoreggiata così, come lo è un susseguente matrimonio. Un legittimato per mezzo di questo, succede non solo al padre intestato, ma alla madre eziandio, agli ascendenti e dell'uno, e dell'altra, ai fratelli, ai collaterali tutti. Cancellata la macchia della sua nascita per le nozze seguite, egli diventa membro della famiglia; acquista con tutta pienezza i diritti di agnazione, e di cognazione; onde capace si rende di qualunque eredità di ogni parente intestato. Ma uno dedicato al servigio della Curia, si legittima, dirò così, per metà: riguardo al padre solo, è legittimo, e come tale gli succede in compagnia de' fratelli, se ven' ha: riguardo ad ogni altro, egli è illegittimo: non può pretendere diritto alcuno di successione: la morte o degli avoli, o degli zii, o dei fratelli non gli dona titolo alcuno alle loro eredità: egli non è nè agnato, nè cognato di veruno di essi.

Meno ancora dei legittimati per l'obblazione alla Curia sono favoriti i legittimati per rescritto del Principe. Imperciocchè un tale rescritto o lo ottengono in vita del padre, o dopo la di lui morte. Se lo ottengono dopo la morte, il diritto alla di lui eredità acquistato già se lo hanno

i più

i più propinqui. Sarebbe dunque una ingiuria il togliere a questi ciò, che fu da loro anteriormente, e legalmente acquistato (1). Il Principe, dice la legge, non concede mai benefizio ad uno col pregiudizio dei diritti di un altro; e i di lui rescritti non debbono essere mandati ad esecuzione, quando sono lesivi delle pretese di un terzo. Che se lo ottengono in vita del padre, o lo ottengono essendoci in vita dei figli legittimi, o lo ottengono in circostanze, che nè avanti, nè dopo il rescritto ci sono figli legittimi. Se non ci sono legittimi nè avanti, nè dopo, nessuna ragione ci è per non ammettere il legittimato alla successione paterna. Egli è figlio per natura; il rescritto leva gli ostacoli, che frapponeva la legge: non ci è persona, in pregiudizio di cui ridondi l'uso della grazia accordata. Se ci sono legittimi, l'uso di questa grazia diverrebbe ingiusto, come quello, che diminuirebbe a danno de' figli legittimi quella porzione di eredità, alla quale la nascita medesima dona ad essi diritto: onde Giustiniano stesso ci avverte (2): Che qualunque volta vi sono eredi suoi, il rescritto del Principe non comunica diritto di legittimazione ai figliuoli legittimati. Che se, come non di rado accade, impetrata sia la grazia di legittimazione nel caso di esistenza di figliuoli legittimi, codesta grazia non si estende per questo a chiamare i legittimati a parte delle sostanze paterne in un coi legittimi, e il di lei effetto si ristringe unicamente a render capaci i legittimati di portare

lo

(1) *Leg.* 4. *Cod. de emancip. liberor.*
(2) *Nov.* 74. *Cap.* 2. §. 1.

lo stemma, il cognome, e i titoli della famiglia, come se in verità fossero in essa nati legittimamente. Ma se il rescritto di legittimazione s'impetra in un tempo, in cui non ci sono legittimi, e di questi poscia ne vengano, o perchè si mariti il padre, o perchè divenga fecondo il di lui talamo: disputasi gagliardamente fra i dottori, se in questo caso la legittimazione ottenuta in tempo, che non toglieva le sue ragioni ad alcuno, renda capace il legittimato di concorrere alla successione del padre insieme coi legittimi nati posteriormente. Io di condannare non ardisco, come false le altrui opinioni: ma siccome servì il rescritto per render capace un figlio di tutta l'eredità paterna, dalla quale lo esclude l'illegittimità de' natali; così porto opinione, che nel caso di sopravvegnenza di figli legittimi, ai quali la ragione del sangue, e l'autorità delle leggi concedono il gius di succedere, cessa l'effetto della legittimazione, la quale sempre conceduta s'intende senza pregiudizio della prole legittima, che fosse per nascere (1).

§. XXIX.

Ma che diremo di quella prole, che da un illecito commercio procreata, nè legittimata in modo veruno, si ritrova in vita alla morte di quelli, che l'esistenza le diedero. Può ella pretendere parte alcuna nell'eredità de' medesimi? E' vero, che viene dalle leggi riprovato ogni carnale congiungimento fra uomo, e donna, che

reso

(1) *Cod. Frider. Part.* 2. *Lib.* 6. *Tit.* 3. §. 3.

reso onesto, e sacro non sia da un precedente matrimoniale contratto. Ma è vero altresì, che qualunque congiunzione de' sessi fuori del matrimonio, non è condannata egualmente, ed è più, o meno abborrita, secondo che più, o meno offende l'ordine della natura, e i riguardi della società. Un uomo non maritato ha prole da una donna non maritata. Questo commercio è irregolare; non è preceduto da un atto, che accerti la società, che queste due persone inseparabilmente si uniscono a fine di procreare figliuoli, e coll' obbligazione di educarli a benefizio della Chiesa, e dello Stato. La società non li riconosce per legittimi; li chiama naturali, e bastardi. Un uomo si congiunge con una femmina, che fa copia di se stessa ad altri nel medesimo tempo, e che partorisce de' figli. L'irregolarità è ancora più grande. Questi miseri frutti di un indecente prostituzione sono tanto più infelici, perchè non possono esigere nè alimenti, nè educazione da chi non può essere certo d' esserne il padre: sono spurj. Se un uomo, o una donna, congiunti in matrimonio, diventa padre, o madre pel commercio con individuo diverso dalla moglie, o dal marito; l'ordine della società ne resta maggiormente sconvolto. La fede di un contratto violata, la santità di un Sacramento profanata, i diritti di altri usurpati, il danno cagionato alla prole legittima, rendono codesti figliuoli più abbominevoli ancora: la società li rigetta; sono adulterini. Se uno promosso agli ordini sacri, o ricevuto in un ceto di religiosi approvato, s'impegna solennemente colla Chiesa, e con Dio di viversi celibe, e casto, e poi genera prole: se

uno

uno stretto parente sfoga la sua passione con una parente, e rendendola madre, e meschiando, e confondendo le relazioni tutte del sangue, fa fremere di orror la natura; codesti figli diventano un oggetto di odio, e di esecrazione alla società; sono sacrileghi i primi; sono nefarj, e incestuosi i secondi. La gravezza maggiore, o minore della colpa, che commisero i padri, è la regola direttrice delle disposizioni delle leggi riguardo alla successione de' figli illegittimi.

§. XXX.

Principiando dunque dai naturali ci conviene distinguere tra la successione all'eredità della madre, e la successione a quella del padre. Come la ragione di succedere alla madre si è, l'aver avuto da essa indubitabilmente la vita; così alla di lei eredità, e siasi pure di qualunque condizione ella si voglia, succedono egualmente tanto i figli legittimi, se ve ne hanno, quanto i naturali; e succedono in tutta questi soli, se soli si trovano. Ecco le parole della legge (1): *Se una donna resasi concubina, sebbene d'ingenua estrazione, avrà procreato o figlio, o figlia da un commercio con un uomo libero, non ci è dubbio, che codesti figli naturali non succedano in eguale porzione coi figli legittimi in tutti quei beni, che sono di piena proprietà, e in patrimonio della madre*. Anzichè essendo i figli naturali veramente cognati della madre, la quale li mise al mondo, non solo trasmettono ne' proprj discendenti il diritto

(1) *Leg. 5. Cod. ad S. C. Orphit.*

ritto di rappresentanza per succedere nella di lei eredità; ma ancora eglino stessi hanno vocazione all'eredità dell'avola, madre della loro genitrice, colla quale conservano indubitabilmente la relazione del sangue.

Diversa è però la disposizione delle leggi, ove si tratta della successione del padre, al quale un clandestino non approvato commercio toglie il titolo, ed il nome di padre. Imperciocchè se egli lascia dopo di se discendenza, o figliuolanza legittima; ovvero se lascia legittima consorte del talamo suo nel caso, che muoja intestato, i figli naturali, che ebbe da una concubina, nulla affatto possono pretendere ne' beni paterni a titolo di eredità, ma di essere alimentati soltanto a ragguaglio delle facoltà, e ad arbitrio di una qualche saggia, e discreta persona (1). Se poi il padre loro naturale venga a morire senza discendenza, e senza che gli sopravviva moglie legittima, onde sottentrino al possesso della di lui intestata successione agnati, o cognati fuori della linea dei discendenti; in allora i figli naturali avuti da una donna, cui tennesi il defunto per concubina, succedono in due oncie dell'eredità, quali due oncie le debbono dividere colla propria madre, cosicchè ad essi tocchi porzione eguale a quella di uno de' figli suoi, qualora fossero molti.

I figli propriamente detti spurj, quelli cioè, da una donna pubblica meretrice dati alla luce, come che padre certo non hanno, nè possono averne, così in nessuna guisa, nè in alcuna porzione esser possono eredi di colui, che vogliono spac-

(1) *Nov.* 89. *Cap.* 12. §. 4. 6.

spacciare per loro genitore, sebbene intestato, sebbene senza prole legittima egli morisse. La madre anche di costoro è certa; succedono perciò ad essa nei beni, che fossero di piena sua proprietà, se non che decaduti si vogliono anche da questo diritto, qualunque volta la madre è d'illustre prosapia, o di rango distinto, meritandosi un tale maggiore castigo la di lei impudicizia resa più odiosa dalla sua nascita, la quale esigeva riguardi maggiori.

Finalmente contra de' figli o incestuosi, o adulterini, o sacrileghi, ai quali aggiunger possiamo quelli, che la loro disgrazia fè nascere da un padre reo di Lesa-Maestà (1), si armano di tutto il rigore le leggi, affinchè lo stato infelice di questi serva di freno, o di punizione all' indegno trascorso dei genitori. Frutti obbrobriosi di una sregolata passione, eglino non hanno parte veruna nell' eredità paterna, e materna; eglino non possono nemmeno essere alimentati, nè pretendere alimenti da chi diede ad essi la vita. La dolcezza de' Canoni della Chiesa mitigò in questo capo la severità delle leggi civili.

§. XXXI.

Sebbene vero sia, che i figli ricevono dai genitori la vita, e che perciò, come più amati di tutti, a tutti sono preferiti nella successione, e come egualmente amati sono parimenti egualmente, e in porzioni eguali chiamati: non ostante però rimane vero altresì, che i nipoti, e chi vengono

(1) *Leg.* 5. §. 1. *Cod. ad leg. Jul. majest.*

gono da questi, traggono dagli avi la propria esistenza per mezzo de' figli, e sono riguardo a quelli, come una serie successiva di effetti prodotti da una medesima efficiente cagione, la quale in tutti si riproduce; agisce in tutti; e agendo, e riproducendosi in tutti, tutti gli ama, i più vicini non meno, che i più lontani. Il fondamento è questo, sopra del quale si appoggia il diritto competente ai nipoti, e discendenti o per maschio, o per femmina alle eredità intestate degli avi loro, ed ascendenti. Del qual diritto, acciocchè possiamo meglio conoscere l'estensione, e le conseguenze, dobbiamo distinguere tre combinazioni di circostanze, nelle quali uso di esso può farsi. Imperciocchè o si ricerca della successione competente ai nipoti nel caso, che siano ancora in vita i loro padri; o nel caso, che estinti questi, non ci è persona, che li preceda in grado nella linea retta de' discendenti; o nel caso, che concorrano all'eredità degli avi o materni, o paterni insieme con qualche figlio, o figlia di essi, che più immediatamente si avvicina al defunto. Avremo soddisfatto pienamente alla questione, tosto che avremo esposto, quale sia il sentimento delle leggi in tutte e tre le ipotesi proposte.

Avvi in famiglia un avo, di cui è vivo il figlio; e dal figlio è nato un nipote. More l'avo intestato. Il nipote non succede all'avo suo: resta escluso dal padre, e ne resta escluso per la prerogativa del grado; perchè quantunque stimar si debba, che amandolo l'avo come cosa da se prodotta, lo chiami alla sua eredità, sarebbe però una stravaganza il supporre, che lo chiamasse avanti del padre, e a preferenza di esso. La voce

ce delle leggi è troppo chiara in questo proposito, ed è troppo uniforme il sentimento degli Interpreti tutti. Contraria fra di se stessi hanno bene opinione nel caso, che il padre ripudj l'eredità dell'avo; questionandosi, se possa il nipote pretendervi in qualità di discendente, oppure se decada da ogni diritto, la trasmissione del quale in lui non seguì, attesa la paterna rinunzia. Che se nella linea de' discendenti non vi sono altre persone, che si trovino nello stesso grado del padre ripudiante, o che per diritto di rappresentanza sottentrino in esso; io mi appiglierei alla sentenza di quelli, i quali sostengono, che la rinunzia fatta dal padre non tolga le ragioni nella successione al nipote. Egli è chiamato dalla volontà del defunto; egli è chiamato dalla relazione del sangue. Questa *volontà* non è legata all'adizione del padre, come ad una necessaria condizione: questa relazione di sangue non si toglie coll'atto di rinunzia del padre. Perchè dunque avrà forza quest' atto di levare un' eredità a chi vi è chiamato, dopo il padre suo bensì, ma non però con dipendenza da esso, come appunto nelle fidecommessarie sostituzioni interviene? Vorremo noi dire, che il nipote in questa ipotesi tralasci d'essere agnato, o cognato dell' avo suo? Vorremo dir forse, che un agnato o cognato nella linea de' discendenti sia a peggior condizione degli agnati, o cognati nella linea dei collaterali? Ora ben sappiamo, che secondo l'editto successorio, qualora il grado più vicino non accetta l'eredità, devolvesi questa al grado, che immediatamente sussiegue. Se dunque non l'accetta il padre agnato in primo grado fra i discendenti,

per-

perchè non potrà accettarla il nipote agnato in secondo luogo, e in secondo grado? E se fu giustamente rescritto (1): Che se una madre domandato non avesse il possesso de' beni d'un suo zio intestato, possa domandarlo il di lei figlio in forza della massima legale, che l'eredità ricusata da quei del primo, faccia passaggio a quei del grado seguente: per qual motivo, ricusata dal padre, si negherà al nipote quella dell'avo?

§. XXXII.

Un padre ha due figli maritati. Questi muojono avanti di lui. Il primogenito lascia tre figli; uno ne lascia il secondogenito. Viene a morte l'avolo senza testamento. Succedono ad esso i nipoti? e come, e in che proporzione succedono?

La soluzione d'ambedue queste questioni dipende da una sola risposta. Imperciocchè tanto i tre figli di un figlio, quanto il figlio dell'altro, traggono l'esistenza loro dal sangue dell'avo. Sono dunque amati da lui, e amati sopra di qualunque altra persona, giacchè non essendovi più i loro genitori, sono eglino quelli, che hanno la maggiore relazione con lui. Presumesi dunque ragionevolmente, che a preferenza di ogni altro li chiami all'eredità. Dunque i nipoti succedono all'avo in mancanza dei genitori. Ma se succedono, succedono in conseguenza della predilezione, che ha il loro avo per essi; e questa predilezione nasce dall'esser eglino generati dai proprj figliuoli dell'avo, il quale nelle loro persone ama i ni-

(1) *Leg.* 1. *Cod. de success. Edict.*

i nipoti. Intanto dunque succedono, in quanto il loro respettivo padre è rappresentato da essi, in quanto si considera il loro padre, come in essi vivente. Se rappresentano il padre, se nel di lui luogo, e nel di lui grado sottentrano, debbono i nipoti avere quella porzione di eredità o molti, o pochi che sieno, la quale avuta avrebbe il loro padre, se fosse ancor vivo. Ora dicesi questa una successione per stirpe; e in conseguenza nell' ipotesi addotta, in cui da un figlio avvi un solo nipote, e tre ne rimangano dall' altro, supposto, che l' eredità dell' avo ascenda a dieci migliaja di scudi, come a ciascuno de' figli, se fossero vivi, sarebbero per giusta ripartizione toccati cinque mille scudi; così cinque mille se ne assegnano ai tre figli del primo da dividersi poi egualmente fra di loro, e cinque mille se ne danno all' unico figlio del secondo. Dottrina in conseguenza feconda, ed applicabile a tutti i casi emergenti.

§. XXXIII.

Tale si è la regola del giusto, allora quando mancato il primo grado, si tratta di una successione devoluta a più persone esistenti in un grado ulteriore, ma però rispettivamente eguale, e nella linea de' discendenti. Ma quale poi sarà, se addivenga, che sienvi fra i discendenti persone, altre in grado più vicino, ed altre in gradi più rimoti? Immaginiamo, che Cajo abbia avuti due figli, Mevio, e Sempronio; Mevio è ancora in vita alla morte di Cajo. Il di lui fratello è premorto; è premorto il di lui figlio, dal quale sono superstiti tre fanciulli pronepoti di Cajo,

e a

e a lui in terzo grado congiunti, mentre Mevio suo figlio gli è congiunto nel primo. Diremo forse, che Mevio per essere in grado più prossimo escluda i pronipoti, perchè più lontani? Nò; la prossimità del grado ha la forza di escludere nell' altre linee bensì, ma non però nella linea de' discendenti: e Giustiniano ci avverte (1), che in questa non dobbiamo andare in traccia dei gradi per misurarli, quantunque siano gli eredi remotissimi dall' autore della loro esistenza. De' figli i figli, e chi verran da quelli concorrono sempre all' eredità di un proprio ascendente a fronte di qualsisia più vicino grado. La ragione si è, perchè non sono già i nipoti, o pronipoti, precisamente come tali, chiamati alla successione; vi è chiamato il padre, vi è chiamato l'avolo loro, vi è chiamato il figlio del defunto. Codesto figlio vive ancora nella sua prole, da cui viene rappresentato; e come codesto figlio è eguale nel grado, è eguale oggetto della tenerezza del padre col suo fratello sopravvivente; così rende a lui eguali nella successione tutti i suoi discendenti.

Che se ciò è verò, necessarie saranno queste due conseguenze. La prima; che i nipoti di Sempronio concorrono insieme con Mevio all' eredità intestata di Cajo, perchè rappresentano la persona, o sottentrano nel grado di Sempronio: la seconda, che se per questo succedono, perchè rappresentano la persona di un fratello di Mevio, i tre pronipoti nulla possono pretendere nell' eredità di più di quello, che se vivo fosse, conseguir potrebbe Sempronio. Ora questo non potrebbe

E 2 pre-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 1.

pretender di più di un semisse dell' eredità. Sarà dunque certo, che i discendenti più rimoti concorrendo all'eredità con altri più vicini, la dovranno dividere con questi, non in capi, ma per stirpi, secondo il linguaggio del foro, e delle scuole.

§. XXXIV.

La successione de' discendenti agli ascendenti è più frequente, perchè più conforme al corso ordinario della natura. Muojono per lo più i padri avanti de' figli, e morendo lasciano le sostanze a quelli, per i quali già acquistate le avevano. Ma se la Parca crudele recide immaturamente lo stame della vita dei più giovani, a chi con maggior ragione devolverassi la loro eredità, quanto a quelli, da quali ricevettero l'essere, e l'educazione? Stabilito fu dunque, che morendo un figlio, ovvero altro discendente senza prole, e senza testamento, passino i suoi beni ne' genitori, e negli ascendenti.

In questo ordine di successione si risalisce dall' effetto alla causa, come nell' altro dalla causa si discende all' effetto. Nella serie delle cause quella, che più ci affetta, si è la prossima, e l'immediata, nell' azione di cui la ragione contiensi dell' esistenza di una cosa. Un figlio ama molto più il padre suo, di quello, che ami l' avo, ed il proavo, quantunque essi sieno la cagione producitrice della madre, e del padre. L' uomo riferisce tutto a se stesso; egli si costituisce il centro dell' universo, cui non considera ordinariamente, che in relazione a se stesso; e quell' amore, che non solo ai figli, ma ai più lontani nipoti

si

si estende, perchè si ravvisano tutti, come opera nostra, e come parte di noi, va scemando rispetto agli ascendenti a proporzione della loro lontananza, e della minore influenza diretta, ch' eglino anno sopra di noi. Quindi è, che ove si tratta della successione degli ascendenti, non ha più luogo il diritto di rappresentanza, e di sottentramento di una persona nel grado anteriore, ma vale l'assioma; che il grado più vicino esclude costantemente il più rimoto: e Giustiniano definì con sua legge (1): Che vivendo contemporaneamente più ascendenti, debbano essere preferiti quelli, i quali si trovassero i più prossimi in grado o maschi, o femmine, o dal lato di padre, o di madre.

Ammesso dunque questo principio, possiamo facilmente raziocinare così. All'eredità intestata di un discendente sono chiamati unicamente i più prossimi, quelli, che vantar si possono di essere la più immediata cagione dell' esistenza di esso. Ma il padre, e la madre sono ambedue nel grado fra tutti il più prossimo al loro figlio; sono ambedue l'immediata efficiente cagione della esistenza, ch'egli ebbe. Dunque ne saranno eglino gli eredi soli ad esclusione degli avi, e degli altri maggiori agnati più lontani nel grado, cause più rimote del nascimento, e della formazione del nipote.

Verissima essendo in genere questa dottrina, per applicarla poi adequatamente ai casi particolari, formiamo due ipotesi. Imperciocchè alla morte di un figlio o sono superstiti entrambi i geni-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 2.

nitori, o ne è superstite uno solo. Se sono in vita ambedue, sono ambedue nel medesimo grado; essendo nel medesimo grado, succedono in capi; e succedendo per proprio personale diritto in capi, si dividono fra se in eguali porzioni l' eredità intera del figlio, eccettuatone il caso, in cui concorressero insieme con essi i fratelli del defunto, del che ragioneremo più a basso. Se poi premorto l' uno de' genitori, l' altro solamente sopravvivesse, a cagione d' esempio, la madre; come ella sola nel primo grado si ritrova, ella sola sarebbe l' erede dei beni tutti del figlio; nè l' avo di lui paterno, nè l' avola, nè il padre, e madre dell' avola, e dell' avo avrebbero da formar pretesa a questa successione, perchè essendo ascendenti in grado più rimoto rimangono esclusi dal grado più vicino.

§. XXXV.

Questa spiegazione ci ajuterà allo scioglimento di due principali questioni, che sogliono agitarsi. Muore un figlio. Parte della sua eredità è formata da pecul) castrensi, o quasi castrensi; parte è di beni profettizj, e parte di avventizj composta. Suppongasi, che abbia e padre, e madre viventi. Domando; succederà la madre insieme col padre ne' profettizj, e negli avventizj eziandio; o ricaderanno questi nel solo padre, il quale anche in vita del figliuolo era proprietario dei primi, ed usufruttuario degli altri? Suppongasi premorto il padre, e viva la madre. L' usufrutto dei beni avventizj, che godeva, e goder doveva il padre, finisce, e si consolida colla pro-
prie-

prietà, la quale dee passare nella madre, ovvero nell'avo paterno sino a tanto, che vive?

Riguardo al primo dubbio proposto, separare in primo luogo conviensi il bene profettizio, che può avere un figliuolo, dall' avventizio. Quì si cerca dalla di lui eredità, come vada divisa fra i genitori. Ora non ci è eredità, se non se di quelle cose, le quali erano in proprietà del defunto. I beni profettizj erano in proprietà del padre anche in vita del figlio, e questi non ne era, che un semplice amministratore. Dunque il padre non succede in così fatti beni, nè li acquista a titolo di successione, quasicchè non fossero suoi, ma li riunisce al suo patrimonio, da cui erano estratti.

Nei beni avventizj l'usufrutto è del padre anche durante la vita del figlio. Ricercasi, se morto il figlio, come la proprietà va divisa, così anche debbasi egualmente dividere l' usufrutto di essi fra la madre, ed il padre, i quali sono superstiti. Perchè vorrassi, che l'usufrutto di questi beni continui nel padre solo a pregiudizio della madre, la quale è coerede egualmente del proprio figlio? L'usufrutto è una servitù personale; si estingue colla morte del figlio, e si consolida colla proprietà. Ma la proprietà va divisa egualmente fra padre, e madre; dunque l'usufrutto non può appartenere al primo col pregiudizio dell' altra. Io so, che in certa sua legge Giustiniano si esprime così (1): Se la persona defunta era soggetta alla patria podestà, rimangasi al padre intero quell' usufrutto, sua vita durante, che ave-

E 4 va

(1) *L. 7. §. 1. Cod. ad S. C. Trebell.*

va in vita del figlio: e giacchè la madre non può partecipare di questo usufrutto, il quale tutto debbe essere del padre sino a che vive, ella sia erede della proprietà. Sò altresì, che questa legge fu pubblicata l'anno DXXVIII. dell' Era di Cristo, e in conseguenza l' anno primo dell' Impero di Giustiniano. Sò pure, che la Novella regolatrice delle successioni intestate, si promulgò l'anno diciottesimo del suo Impero, e in conseguenza posteriormente alla surriferita legge inserita nel Codice. Essendo dunque verità irrefragabile, che le leggi posteriori sono derogative delle anteriori, qualunque volta accordarsi insieme non possano, s'intenderà annullata la legge, la quale preserva ai padri l' usufrutto nei beni avventizj del figlio defunto a pregiudizio delle madri, se ritroveremo nella Novella stabiliti principj opposti diametralmente alla decisione della legge, la quale obbiettata ci viene. Ora cosa ritroviamo noi stabilito nella Novella? vi ritroviamo stabilito (1): che se ci sono più ascendenti nel medesimo grado, si divida fra essi l'eredità egualmente, e che se vi sono padre, e madre, dividasi in capi, e per metà. Ma non sarebbe più una eguale divisione, e per giusta metà, se al padre solo si assegnasse l' usufrutto dei beni avventizj, compresi nell'eredità del figliuolo. Dunque vi troviamo principj opposti alla decisione contenuta nel Codice. Più ancora; troviamo stabilito, che concorrendo insieme col padre, e colla madre a questa eredità un qualche fratello del morto, non possa pretender il padre usufrutto di

sorte

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 2. *vers.* 1. 2.

sorte nella porzione dei beni avventizj, la quale è assegnata al fratello. Ma certamente non debbe esser la madre nella successione di un figlio suo a partito peggiore di quello, che è un di lui fratello; e dall' altro canto sarebbe incontrastabilmente a partito peggiore, se l' usufrutto dei beni avventizj tutto fosse del padre. Dunque dobbiamo conchiudere, che sia stata abolita la legge, la quale concedeva l' usufrutto di simili beni al padre, e ne privava la madre.

Riguardo al secondo dubbio, molto più facile è la risposta. Imperciocchè se si accorda, che non appartenga al padre codesto usufrutto, anche in allora, ch' egli è coerede del figlio in compagnia della madre, molto più poi negarlo dovremo all' avo nel caso, che unica, e sola è la madre. Ma se anche conceder volessimo, che resti l' usufrutto nel padre superstite al caso della successione all' eredità d' un suo figlio, non lo dobbiamo accordare però all' avo nei beni del nipote. Infatti per qual titolo potrebbe egli pretenderlo codesto usufrutto? A titolo forse di erede? Nò; perchè la madre più prossima in grado lo esclude. A titolo forse di trasmissione in lui fatta dal figlio premorto? Nò; tanto perchè codesta rappresentanza non si dà tra gli ascendenti; tanto perchè l' usufrutto si estingue colla morte dell' usufruttuario, nè trasmettesi in altra persona. Liberati dunque i beni da questa servitù colla morte del padre, passano tutti in dominio utile, e diretto della madre, senza che ascendente alcuno vi possa avere alcuno diritto.

§. XXXVI.

§. XXXVI.

Vedi 135 e seguenti Cod. Civ. Aust.

Che se non fossero in vita nè padre, nè madre, si trasporta l'eredità negli ascendenti superstiti, sempre però osservata la regola della prerogativa del grado. Diasi, che degli ascendenti paterni sia sopravvivente il proavo, o la proava, e degli ascendenti materni sia superstite l'avola. Giacchè tanto i paterni, quanto i materni ascendenti sono indifferentemente chiamati, perchè del pari concorsero all' esistenza del discendente; e giacchè tra questi è preferito il più vicino di grado, perchè è più immediata la sua influenza alla generazione del discendente, io dirò, che l'avola materna esclude il proavo, e la proava paterna, ed acquista ella sola tutta intera l'eredità. Dirò similmente, che se più saranno di numero gli ascendenti della medesima linea, e nel medesimo grado, come se nell' ipotesi proposta vi fossero avo, ed avola materna, questi due succederanno in capi, e si divideranno l' eredità in due parti eguali.

Un'altra ipotesi è pure possibile. Non solo è possibile, ma spesso accade difatto, che concorrino alla successione più persone dell'una, e dell' altra linea di ascendenti, tutti però equidistanti dal discendente, e nel medesimo grado come se concorrano avo, ed avola dal canto di padre; avola, ed avo dal canto di madre. In questo caso succedono tutti, per la ragione dell'identità del grado, e succedono tutti per linee, vale a dire, che dividesi l'eredità in due giuste eguali porzioni, e l'una si assegna agli ascendenti per

linea

linea paterna, l' altra agli ascendenti per linea materna o più, o meno, che sieno. Le parole della legge sono da per se chiare, e precise. *Se più sono gli ascendenti viventi, vogliamo, che abbiano la preferenza quelli, che ritrovansi prossimi in grado, siano pure o paterni, o materni. Se poi fossero nell' istesso grado, partiscasi con tutta egualianza l' eredità fra di loro in modo, che una metà se l' abbiano tutti quanti mai sono gli ascendenti del padre, e l' altra quei della madre* (1).

Un leggiero riflesso, che spender si voglia sopra queste parole, sembrami sufficiente a definire la questione onesta fra gl' interpreti sulla natura dei beni, dei quali esser possono eredi gli ascendenti. Imperciocchè v' ha chi sostiene, doversi distinguere fra i beni, che può un discendente aver ricevuti dal padre, e dalla linea del padre, e i beni ricevuti dalla madre, e dalla linea della madre; onde appartengano i primi alla linea degli ascendenti paterni, ed alla linea degli ascendenti materni i secondi. Adducesi in prova di questa opinione un decreto di Teodosio, e Valentiniano, in cui si dice, che se uno lasciando superstiti e padre, ed avo paterno muore intestato, e senza prole, il dominio dei beni in lui derivati dalla madre, e dalla linea materna sia del padre, e non dell' avo. Dal che inferiscono, che in supposizione, che non ci sia il padre, succeder debba nei beni materni l' avo materno. Avvalorano questa loro induzione colle seguenti parole di Giustiniano (2): *Per qual sentimento d' invidia*

(1) *Leg.* 3. *Cod. de bon. quæ liberi ec.*
(2) §. 1. *D. quos. person. cuiqu. acquir.*

dia non vorrassi, che ritorni al padre dopo la morte del figlio, tutto quello, che ebbe il figlio per occasione del padre? Dunque, ripigliano, ritornerà alla madre, e all'ascendente materno ciò, che per occasione di esso acquistò il figlio, e il discendente. Finalmente noi veggiamo, dicono eglino, che un fratello uterino succede al fratello nei beni, che avea di ragion della madre, come il consanguineo succede nei beni, che avea di ragione del padre. Se questa diversità mette della differenza nell'ordine di succedere nella linea de' trasversali, perchè questa differenza non dovrà osservarsi del pari nella linea degli ascendenti?

E pure, se codesta diversità di beni paterni, e materni portasse differenza nel modo di succedere tra la linea ascendente del padre, e della madre, ella certamente dovea essere rimarcata espressamente in quell'opera, in cui Giustiniano diede come l'ultima mano alla correzione del diritto civile, e decretò minutamente, e partitamente l'ordine delle successioni. Ora nelle sue Novelle egli non indicò codesta distinzione di beni; anzi volle, che gli ascendenti più prossimi delle due linee paterna, e materna si dividessero l'eredità, senza la menoma disuguaglianza: ma questa perfetta uguaglianza delle porzioni è impossibile nell'effettuazione, e ripugnante nell'ordinazione sarebbe, qualunque volta suppor si volesse, ammessa dal legislatore la differenza nelle successioni fra i beni paterni, e materni. Resta dunque, ch'ella altro non sia, che un parto dell'imaginazione, e che gli ascendenti succedano indifferentemente tanto nei beni paterni, quanto nei

ma-

materni, confusi, e meschiati nel patrimonio del discendente.

L'autorità di Teodosio, e Valentiniano è addotta fuor di proposito. Questi Augusti non parlano della successione dell'avo materno nei beni materni del nipote. Dicono, che il dominio di questi, come beni avventizj, passi nel padre superstite, e non già nell'avo, che specificatamente lo chiamano paterno; e quand' anche non lo specificassero, lo mostrerebbe ad evidenza il contesto. Imperciocchè avendo detto, che la proprietà dei beni materni del figlio appartiene al padre, e non all'avo; soggiungono poi, che l' usufrutto dei medesimi sia preservato all'avo sino a tanto, che vive, come a quello, che è, sinchè vive, investito della patria podestà, che non compete all'avo materno.

L'illazione cavata dal testo di Giustiniano è un pretto paralogismo. Giustiniano parla dei beni profettizj, e questi egli vuole, che ritornino al padre, non come ereditati, ma come suoi. L'inferire da ciò, che similmente debba l'ascendente per linea materna succedere nei beni materni d' un intestato nipote, egli è un supporre il falso, e un dedurre conseguenze da un genere ad altro genere affatto diverso.

Vacilla non meno l' altro argomento. Egli è affatto incerto, e dubbioso, se i fratelli uterini, e consanguinei succedano; quelli soltanto nei beni materni, e questi nei paterni, d'un fratello defunto; o se promiscuamente succedano in tutti. Ma quand' anche vera fosse la proposizione supposta, come l'odine di succedere nelle tre diverse linee dei congiunti, è affatto differente, perchè

chè differente è il principio, in virtù di cui sono elleno alle successioni chiamate, così senza pericolo di prendere abbaglio, non si può dal modo di succedere proprio della linea dei collaterali inferire, che questo sia anche il modo comune alla linea degli ascendenti, o discendenti.

§. XXXVII.

L'ordine è questo, col quale la luttuosa eredità de' figli, e de' nipoti si trasferisce nei genitori, e negli antenati, quando non vi sono fratelli, e sorelle del defunto, le quali concorrendo insieme cogli ascendenti, fanno variare e l'ordine, e la maniera di succedere. Non tutti i fratelli però, nè tutte le sorelle possono concorrere in un cogli ascendenti. Vi concorrono quelli, e quelle soltanto, che nacquero dal medesimo padre, e dalla medesima madre. Questo diritto di concorrenza è negato ai fratelli uterini, e consanguinei. Le parole della legge son chiare (1): *Se si trovano fratelli, o sorelle congiunti al defunto per canto di padre, e di madre, si chiameranno in un cogli ascendenti.*

E se vi fosse un fratello, o sorella viva, e i figli di altro fratello, o sorella premorta, concorrono questi all'eredità del defunto loro zio insieme cogli zii, e cogli ascendenti superstiti? Non confondiamo l'epoche dei tempi. Giustiniano in una sua Costituzione promulgata nell' XVIII. anno del suo impero, escluse dalla concorrenza

i figli

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 2. *vers.* 3.

i figli d'un fratello già morto (1). Ma in altra posteriore pubblicata l'anno XXII. correggendo se stesso, ordiniamo, egli dice (2), che se taluno lascierà ascendenti suoi, o fratelli capaci di vocazione in concorso degli ascendenti, e se lascierà figli d'altro suo fratello premorto, si chiamino insieme cogli ascendenti, e coi fratelli all' eredità, anche i figli del fratello: e ciò ordiniamo a favore di quei figli di fratello soltanto, il padre de' quali era germano del morto; e questi succedano col medesimo ordine, con cui succederebbero, se ci fossero superstiti unicamente dei fratelli dell' intestato senza ascendenti. Dalle quali cose tutte ricaviamo questa dottrina: Che concorrono cogli ascendenti i fratelli germani; che insieme con questi concorrono i figli, ma non altro discendente de' fratelli germani.

I fratelli, e i figli de' fratelli non vengono in concorrenza con tutti gli ascendenti. La legge dice: *Saranno chiamati cogli ascendenti prossimi in grado*. Prossimi in grado sono certamente il padre, e la madre. Dunque i fratelli, e i figli dei fratelli entreranno in parte dell' eredità coi genitori del defunto. Ma se non ci fossero i genitori, e ci fossero per altro gli avoli paterni, o materni, cosa dovremo noi dire? Concorrono insieme con questi i fratelli? o restano esclusi quelli, e passa l'eredità nei fratelli? Molti son di parere, che accordando la legge il concorso dei fratelli cogli ascendenti prossimi in grado, quali sono il padre, e la madre; ne segua, che cogli

ascen-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 9.
(2) *Nov.* 127. *Cap.* 1.

ascendenti in grado più lontano non vengano in concorrenza, ma pienamente essi fratelli gli escludano: Opinione, che sembrami insostenibile affatto. Quando la legge chiama i fratelli assieme cogli ascendenti prossimi in grado, non intende una prossimità assoluta, ma una prossimità ipotetica, e relativa; non intende quegli ascendenti unicamente, che sono nel primo grado, ma quelli ancora, che sono ne' gradi ulteriori, e che divengono prossimi, qualora sono defettivi, e non occupati i gradi intermedj. Per altro se vero fosse, che i fratelli potessero escludere e l'avo, e il proavo, e gli altri ascendenti ulteriori non si darebbe mai nel caso d'esistenza d'un qualche fratello, o nipote del discendente intestato, e in conseguenza un grado o uguale, o più lontano dalla linea trasversale meno privilegiata sarebbe preferito ad un grado o più lontano, o eguale dalla linea ascendente più favorita. Finalmente le parole stesse della legge troncano ogni controversia, se vogliamo intenderle nel senso ovvio, e naturale. Eccole per disteso: *Se cogli ascendenti si trovano fratelli, o sorelle e per padre, e per madre congiunti al defunto, si chiameranno insieme cogli ascendenti prossimi in grado, quand' anche questi fossero il padre, o la madre, col dividersi fra essi l'eredità secondo il numero delle persone concorrenti, cosicchè ciascuno e degli ascendenti, e dei fratelli, ne riporti un' eguale porzione.* Concludiamo dunque senza esitanza; Che i fratelli germani, o i figli di essi concorrono non solo col padre, e colla madre, ma ancora con altri ascendenti, i quali sono relativamente al defunto prossimi in grado.

In

In ultimo luogo ricercasi in qual modo, e con qual proporzione dividasi l'eredità nel caso di concorrenza fra gli ascendenti, e tra i fratelli, o figli dei fratelli. Al che rispondiamo: se concorrono più fratelli col padre, e colla madre, o con altri ascendenti, la divisione si fa per capi, e non più per linee, come avvertimmo di sopra, che far si deve allora, quando gli ascendenti soli succedono. Dunque dato, che v' abbiano due fratelli superstiti, e similmente e padre, e madre, ovvero avo, ed avola; e dato, che l' asse ereditario monti a quattro mille scudi, ciascuno ne porterà via per se mille. Che se in un coi fratelli vivi, e cogli ascendenti concorrono i figli di altro fratello, questi succedono per diritto di rappresentanza; formano tutti una sola persona, nè possono pretender di più di quel tanto, che avrebbe avuto il padre loro.

§. XXXVIII.

I collaterali non hanno fra di se la relazione di generanti, e generati; anno però comune l'origine; sono effetti d' una stessa producitrice cagione, rivi diramati dalla stessa sorgente, rami spuntati dalla medesima pianta, e viventi formati del medesimo sangue. Questa comunione di sangue, quest' identità di principio forma una relazione fra essi, che è il seme di quell' amore, e tenerezza ben giusta, perchè fondata sulla natura, mercè di cui inclinati si sentono a desiderare, e promuovere i vantaggi, e la perfezione loro scambievole a preferenza di qualunque altra persona, colla quale non anno un così stretto, e naturale rap-

 porto.

porto. Quanto più dunque sono tra se uniti, perchè meno dal comune principio della loro esistenza si scostano, tanto più intensamente dobbiamo supporre, che si amino: e quanto più allontanando si vanno da quel principio, che li produsse, tanto più a proporzione codesto senso di amore s' infievolisce, e rallenta. Ora distribuendosi le successioni a misura dell' affezione ragionevolmente presunta nello spirito del defunto per quelle persone, che gli appartenevano; due conseguenze dalle cose dette ne vengono, le quali assumer possiamo, come due assiomi nella materia, che imprendiamo a trattare. Sia il primo: Non essendovi alcuno nella linea de' discendenti, ed ascendenti, l' eredità si devolve ai collaterali a tenore della volontà del defunto. Sia il secondo: Essendovi più persone in varj gradi nella linea de' collaterali, l' eredità si devolve a quelli, che sono nel grado il più vicino al defunto, e rimangono esclusi i più lontani.

L' unione più stretta, ch' esser vi possa fra collaterali, risulta dall' essere stati immediatamente prodotti da un genitore medesimo. Tali sono i fratelli. Sono dunque a preferenza degli altri collaterali chiamati i fratelli all' eredità di un fratello premorto. Ma come che alla generazione di un uomo in qualità di comune principio e maschio, e femmina, e padre, e madre concorrono, così potendo succedere, che uno, o più siano stati generati e dal padre, e dalla madre medesima; altri dallo stesso padre, ma da madre diversa; ed altri da una stessa madre, e da diverso padre ne avviene, che debbansi distinguere tre specie di fratelli, germani, consanguinei, ed uterini.

Ger-

Germani diremo quelli, ai quali diedero il medesimo padre, ed una medesima madre la vita. Consanguinei quelli, che ebbero uno stesso padre, e madri diverse. Uterini quelli, che furono tutti da una stessa madre partoriti, ma da padre diverso generati.

§. XXXIX.

Questa triplice distinzione ha un uso ben grande, quando si tratta dell'eredità di un fratello, alla quale concorrono altri fratelli superstiti. Non è già, che non siano tutti fratelli fra di se, essendo vero, che tutti anno ricevuto da uno stesso principio comune agli altri la vita; non è che non sieno tutti egualmente nel medesimo grado, essendo vero, che tutti sono equidistanti dal comune loro principio. Quello, che vi ha di vero ulteriormente in questo caso, e di rimarcabile, si è, che col fratello defunto altri anno relazione, perchè scorre nelle loro vene il sangue e di quel padre, e di quella madre, che confuso insieme diede anche ad esso la vita; ed altri vi anno relazione, perchè anno seco lui o del padre solamente, o solamente della madre il sangue comune. Come dunque la relazione tra i fratelli germani da doppio fondamento, e da doppia ragione dipende, egli è ben naturale l'effetto, che maggior amore si abbia per li fratelli germani, che per li consanguinei, ed uterini. Il che ammesso una volta, rende vero altresì, che non ostante l'eguaglianza del grado, debbano essere preferiti nella successione i fratelli germani ai consanguinei, ed uterini. Ascoltiamo le leggi. In

una si dice (1): Se non avrà lasciato un defunto dopo di se nè discendenti, nè ascendenti, i primi fra tutti chiamiamo all'eredità le sorelle, e i fratelli nati dal medesimo padre, e dalla medesima madre. „ Si ripete in un' altra (2): „ Vuolsi per questa legge, che i fratelli, per „ doppia relazione congiunti insieme, insieme e „ consanguinei, ed uterini, riguardo alla succes- „ sione di un morto loro fratello, abbiano la „ preferenza sopra quelli, i quali sono o consan- „ guinei, o uterini soltanto. " Testimonianze son queste chiare troppo, e precise, le quali come ci obbligano a dire, essere stata per esse abrogata qualunque legge, che anteriormente portata (3), altrimenti avesse disposto; così indubitabili ci rendono le asserzioni seguenti: I. Ad esclusione di qualunque altro collaterale, succedono ad un fratello i fratelli, e sorelle superstiti, per ragione della prossimità maggiore del grado; II. Tra i fratelli istessi sono preferiti i germani ai consanguinei, ed uterini per ragione della doppia attinenza di sangue; III. I fratelli germani superstiti dividonsi l'eredità per capi, ed in eguali porzioni per esser tutti nel medesimo grado.

§. XL.

Questa dottrina risguardante la prerogativa de' fratelli germani sopra gli uterini, e li consanguinei, e la maniera, con cui debbono succedere, essen-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3.
(2) *Nov.* 84. *Cap.* 1. §. 1.
(3) *Leg.* 1. *Cod. de legit. hær.*

essendo molti, non è soggetta a dubbio, e questioni. Ma e dubbj, e questioni si muovono, qualora si tratta della successione de' figli de' fratelli all' eredità di un loro zio. Possono eglino succedere? Possono succeder sempre? E quando succedono, con qual modo, e con qual proporzione succedono? Ci studieremo di rischiarare la materia col ridurla a certi capi comprendenti i casi più frequenti, e più importanti, che possono occorrere.

Frequentemente succede, che in una famiglia ci siano più fratelli ancor vivi, e figli di altri fratelli defunti. Ora fatta l' ipotesi, che muoja un fratello, di cui vivi sono altri fratelli, e figli eziandio di altro fratello premorto, presentasi da per se la questione, se succedano all' eredità solamente i fratelli, ovvero se insieme coi fratelli superstiti siano chiamati anco i figli del fratello premorto. E per verità sembra a prima vista doversi affermare, che restar debbano esclusi dai fratelli del defunto superstiti i figli di un' altro fratello pur morto avanti, che si aprisse il caso dell' eredità. Imperciocchè sono questi congiunti allo zio in terzo grado, mentre i di lui fratelli gli sono congiunti in secondo; ed è regola stabilita direttrice delle successioni collaterali, che i più vicini in grado escludano i più lontani. Onde altrove Giustiniano (1), avendo chiamato all' eredità degli zii paterni, e materni i nipoti in qualità di eredi legittimi, modificò questa sua disposizione soggiungendo, se però superstiti non sono fratello, o sorella alcuna dell' intestato, perchè

(1) *Leg.* 14. §. 1. *C. de legit. hæred.*

chè precedendo questi agli altri tutti nel grado, se accettano l' eredità, ne rimangono esclusi i gradi ulteriori.

Ma le nuove Costituzioni di questo Monarca cangiarono il piano di successione, che era stabilito dalle prime. In forza di queste i figli di un fratello germano sono resi capaci dell' eredità in concorso dei fratelli, e loro zii rispettivi; ne sono resi capaci per diritto di rappresentanza, per fingersi vivo in essi il padre, per lo sottentrare, che fanno nel grado di lui. Dal che ne avviene, che non si violi riguardo ad essi l'assioma generale di concedere la preferenza nell' eredità a chi è più vicino di grado; anzicchè appunto ne sono chiamati in parte per virtù di questo assioma medesimo. Imperciocchè fingendo a favor loro la legge, che sopravvivente sia ancora nelle persone di essi la persona del padre, e riponendoli perciò nel grado occupato da lui, si considerano i nipoti essere in secondo grado, come lo sono i fratelli; e quindi pareggiati nel grado, restano a ragione pareggiati nella successione. Ecco le parole della legge (1): *Se vi saranno fratelli del defunto, e insieme vi saranno figli di altro fratello, o sorella premorta, questi figli si chiameranno all' eredità coi loro zii, o zie, purchè e quelli, e queste congiunte sieno per parte di padre, e di madre.*

Vuole la legge congiunzione per parte di padre, e di madre. Dunque nell' ipotesi, che sopravvivano fratelli consanguinei, o uterini del defunto, e ch' esistano figli d' altro fratello germano,

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 3.

no, i nipoti non concorreranno, ma escluderanno totalmente dall' eredità gli zii, come avrebbegli esclusi il loro padre, di cui rappresentano la persona, ed il grado. E vicendevolmente nell' ipotesi, che superstite sia un loro fratello germano, e sianvi ancora de' figli d' altro fratello uterino, o consanguineo, rimangono esclusi i nipoti, come sarebbe stato escluso il loro genitore.

Vuole la legge, che concorrino i nipoti germani coi fratelli germani dell' intestato, per diritto di rappresentanza. Ma il diritto di rappresentanza non fa passare altra porzione dell' eredità nella stirpe rappresentante, se non quella precisamente, che sarebbe toccata alla persona rappresentata. Dunque i nipoti concorrendo con uno, o più zii, siano pur eglino, quanti si voglino, non avranno altro, che ciò, che avrebbe avuto il loro padre.

Vuole la legge, che godano questo diritto di rappresentanza i figli di un fratello germano, e lo vuole, quantunque questo diritto proprio sia della sola linea de' discendenti. Dunque lo intenderemo accordato solamente ai figli de' fratelli, e non ai loro nipoti, i quali però non possono pretendere titolo alcuno di concorrenza coi loro prozii, dai quali rimarranno esclusi, come da collaterali più prossimi. E perchè piatire non dovessimo sulla volontà del legislatore, e sul vero significato della parola *figliuoli*, egli stesso si esprime così (1): Un tale privilegio di rappresentanza in quest' ordine di cognazione, l' accordiamo ai soli figliuoli, e figliuole dei fratelli o mas-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 6.

chi, o femmine, onde succedano nei diritti dei suoi genitori; privilegio, che donar non vogliamo a qualunque altra persona assolutamente in questa linea di trasversali.

§. XLI.

Questo privilegio di rappresentanza accordato al primo grado in linea collaterale, non solo è utile ai nipoti, perchè li ammette alla concorrenza cogli zii loro, fratelli d'un altro defunto; ma di più, perchè gli antepone ad altri, che sono in pari grado seco loro nell' ordine medesimo di trasversali; ma trasversali però obbliquamente ascendenti. L' esempio porrà in chiaro la proposizione. Antonio, e Beatrice sono fratelli. Nascono ad Antonio due figli; Paulo, e Giovanni. Giovanni vive celibe: restano di Paulo due figli; Luigi, ed Elena. Muore Giovanni nipote a Beatrice, zio ad Elena, ed a Luigi. Gli sono questi congiunti in terzo grado; congiunta gli è pure in terzo grado Beatrice. Eppure Elena, e Luigi soltanto succedono allo zio, e in concorrenza di essi Beatrice non succede al nipote. La ragione dobbiamo ripeterla non dalla distanza del grado, che nell'una, e negli altri è lo stesso; non dalla qualità della linea, perchè in tutti è collaterale, ma dal rapporto diverso, che ha una zia riguardo al nipote, e che hanno riguardo al loro zio i nipoti. Questi riguardo a colui tengono luogo di figli; quella tiene il luogo di madre (1). Questi sono in linea collaterale bensì, ma

(1) *Leg. 39. 53. D. de rit. nupt.*

ma discendente; quella in linea collaterale, ma ascendente. Ora nella linea collaterale discendente sino ai nipoti figli del fratello, avendo luogo il diritto di rappresentanza, se il loro padre escluderebbe gli zii del fratello defunto, eglino altresì li debbono escludere. Possiamo forse ingannarci nella ragione; ma nell' asserzione non già. La legge è ben chiara, e le sue parole son queste (1): „ Giacchè ai figli di fratello, e di sorella abbiamo accordato il privilegio di sottentrare in luogo de' loro genitori, onde essi soli, sebbene costituiti in terzo grado, sieno chiamati con quelli, che sono in secondo; dubitar non si può, che anteposti non restino agli zii del defunto o maschi, o femmine, o paterni, o materni sebbene anche questi siano egualmente nel terzo grado di parentela. "

§. XLII.

Io voglio, che di due fratelli germani non siano più in vita i figli, ma siano in vita i nipoti; io voglio, che sia morto un loro zio, e dico, che all' eredità di lui succedono i nipoti egualmente non già in stirpe, e per diritto di rappresentanza, ma per diritto personale, ed in capi. Non mi è ignoto, che il Sonsbeckio, ed il Vinnio, ed altri molti dopo Accursio hanno combattuto gagliardamente questa sentenza, e sostenuto la contraria (2). Rispetto l' autorità di que-

(1) *Nov.* 116. *Cap.* 3. *v.* 10.

(2) *Sonsbeck. de feud. p.* 7. *Concl.* 6. *Vinn. quæst. Lib.* 2. *Cap.* 30. *V. Fachin Controv. Lib.* 6. *Cap.* 3.

questi grandi uomini, ma venero molto più la verità, dalla quale sembrami essersi in questo punto discostati. Infatti, se concedesi il diritto di rappresentanza, concedesi per pareggiare nel grado certe persone ad altre, dalle quali come da più vicine, sarebbero state totalmente escluse dall' eredità. Ma i figli de' fratelli, i cugini sono fra di se stessi nel medesimo grado; nè sono secondo l' ipotesi, in cui parliamo, preceduti da persona esistente in grado più vicino. Non succedono dunque per rappresentanza, e in conseguenza non succedono in stirpe, ma in capi. Giustiniano medesimo ordinato avendo, che in mancanza de' fratelli siano eredi del loro zio i nipoti; ci avvisò, doversi por mente, *che si faccia la divisione dell' eredità fra i nipoti non già per stirpe, ma per capi* (1). *Egli è vero, che si accordò* poscia ai nipoti il diritto di rappresentanza; ma è vero del pari, che questo privilegio si accordò ai primi nipoti soltanto; si accordò ai nipoti figli d'un fratello germano soltanto, e non paga di questo soggiunge la legge (2): Di più; agli stessi figli de' fratelli in allora concediamo questo beneficio, quando vengono in concorrenza coi proprj zii paterni, e materni. Se dunque non ci è concorrenza, ma soli sono i nipoti; non ci è più rappresentanza, e l' eredità sarà divisa per capi.

§. XLIII.

(1) *Leg.* 14. §. 1. *Cod. de leg. hær.*
(2) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 11.

§. XLIII.

Che se poi non ci fossero nè fratelli, nè figli di fratelli germani, gli uterini, e consanguinei in allora succedono all'eredità fraterna. Il che essendo stato espressamente definito, non rimane a controversia alcuna soggetto.

Due cose però restano incerte, e dubbiose. La prima si è; se essendo superstiti due fratelli, l'uno consanguineo, e l'altro uterino, succedano questi promiscuamente in tutto intero il patrimonio del defunto, dividendolo per eguale metà; ovvero se debba farsi distinzione di beni; cosicchè quei di ragion paterna passino intieramente nel consanguineo, e quei di ragion materna intieramente nell'uterino, dividendosi poscia in due eguali porzioni i beni neutri, che aver potesse il defunto. Pressocchè innumerabili sono gli autori, che ammettono codesta divisione di beni, e nei materni vogliono preferito l'uterino al consanguineo, nei paterni il consanguineo all'uterino. Il fondamento principale, e forse l'unico, sopra del quale si appoggia questa sentenza, sono le parole d'una legge di Giustiniano promulgata il dì primo di Novembre, l'anno II. dopo il Consolato di Lampadio, e di Oreste, che corrisponde all'anno DLII. dell'Era volgare. Dubitavasi, se nel caso, che un figlio emancipato morisse senza prole, la di lui eredità dovesse devolversi al padre superstite, o ai di lui fratelli, e sorelle. Decretasi dunque (1): Che il padre abbiasi l'usufrut-

to,

(1) *Leg. 13. §. 2. Cod. de legit. hær.*

to, e i fratelli, e sorelle la proprietà delle sostanze lasciate, eccettuate però le facoltà materne, nelle quali convien chiamare i soli fratelli, e sorelle nati dalla stessa madre. Ecco perciò, dicono codesti scrittori, indicata la distinzione fra beni paterni, e materni; ecco voluti eredi nei beni materni i soli uterini, e in conseguenza ne' beni paterni i soli consanguinei.

Ma quand'anche questo fosse il vero senso della legge citata, e quand'anche da questa supposizione ne venissero le conseguenze menzionate; pare ad altri però, che male si accordi la definizione di quella legge colle massime fissate dallo stesso Giustiniano nelle Novelle, alle quali, come a Decreti posteriori, dobbiamo attenerci; e pare altresì, che attenersi vi ci dobbiamo in considerazione di quegl' inconvenienti, che nascerebbero, se la già esposta opinione seguitare volessimo. Infatti nelle Novelle Giustiniano ci parla così (1): „ Se un defunto non averà lasciato „ nè discendenti, nè ascendenti, chiamiamo in „ primo luogo all'eredità i fratelli, e le sorelle „ nati dallo stesso padre, e dalla stessa madre. „ Non essendovi questi, chiamiamo in secondo „ luogo all'eredità quei fratelli, che per via d' „ uno dei genitori o padre, o madre poi siasi, „ sono congiunti al defunto. " Dunque nella stessa maniera, dopo i fratelli germani, succedono i fratelli consanguinei, ed uterini. Ma i germani succedono promiscuamente in tutta l'eredità. Dunque vi succedono promiscuamente anche gli altri fratelli. Se fosse reale la distinzione tra i beni

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. 4.

pa-

paterni, e materni; se dovesse aver uso nelle successioni, e porre differenza tra fratelli, e fratelli, perchè non farne il menomo cenno il legislatore, in quell'opera specialmente, ove si propone di chiaramente spiegarci l'ordine intero delle successioni intestate, rivocando le leggi tutte anteriori non additate, e trasfuse in quest'ultima. Ora non troveremo nel contenuto di essa parola alcuna, che ci indichi codesta distinzione di beni. Dunque e consanguinei, ed uterini succedono promiscuamente nell'intero patrimonio senza differenza alcuna di beni. Se una tale differenza osservar si dovesse, non vi sarebbe più eguaglianza tra fratelli nella successione; e potendosi dare, che un padre non lasci cosa alcuna del suo, e lasci molto la madre, o che il padre sia estremamente dovizioso, e miserabile sia, ed indotata la madre; può del pari succedere, che tra due figli di genitori diversi, il consanguineo nulla ereditando dalla madre, rimanga affatto escluso dalla di lei successione, o ne rimanga escluso l'uterino, perchè nulla si trova di ragion della madre. Ma alla morte di un fratello sono chiamati universalmente, ed in ogni caso i figli superstiti. Dunque sono chiamati reciprocamente all'eredità senza distinzione tra beni paterni, e materni. Queste, ed altre ragioni, che potrebbero addursi, hanno fatto conchiudere a molti, che se aver si voglia riguardo piucchè al costume, e all'opinione degli scrittori, all'autorità, ed allo spirito delle leggi, molto più ragionevole sia la sentenza di quelli, i quali sostengono, che senza differenza alcuna tra beni paterni, e materni, debbano succedere promiscuamente nella fraterna eredità,

tanto

tanto i consanguinei, quanto gli uterini. Il che tanto più probabile si rende, quanto, che sembra essere molto equivoca la ragione dagli avversarj allegata. Imperciocchè se ella ha qualche apparenza di verità, tutta la prende dalla supposizione, che allor quando Giustiniano ci dice: doversi dare la proprietà delle sostanze materne tramandate in un fratello ai soli fratelli, e sorelle nati d'una stessa madre, egli abbia inteso di parlare degli uterini, opponendoli ai consanguinei. Ora Giustiniano non intende già di parlare degli uterini, ma dei germani, ai quali dona, riguardo alle facoltà materne, la preferenza sopra i consanguinei: in conseguenza la di lui testimonianza non serve a provare ciò, che gli avversarj pretendono. Che poi Giustiniano intenda veramente di parlare dei fratelli germani in confronto dei consanguinei, e non già degli uterini, due argomenti il dimostrano: l'uno preso dalle regole di una buona Logica; l'altro dalla Storia. Infatti, se avesse avuto il legislatore in pensiero di distinguere i beni materni dai paterni, e concedere la successione dei primi ai soli uterini, e la successione dei secondi ai soli consanguinei, dopo di aver detto, che ai fratelli, e sorelle superstiti appartiene la proprietà delle sostanze fraterne, eccettuate però le facoltà materne, nelle quali conviene chiamare i fratelli nati dalla stessa madre, avrebbe dovuto soggiungere una eguale eccezione, riguardo alle facoltà paterne, e dire: Nelle quali si conviene chiamare i soli fratelli nati dal medesimo padre. Non avendo dunque fatto parola alcuna dei consanguinei relativamente alle facoltà di ragione paterna, quando antepone a que-

sti

sti nelle facoltà materne i fratelli d'una stessa madre, parla non già degli uterini, ma di quelli, che germani essendo del defunto, meritavano di essere preferiti ai consanguinei, da madre diversa partoriti.

La Cronologia della Storia Legale renderà più evidente la verità del discorso. Secondo i principj dell'antica Giurisprudenza, i fratelli consanguinei succedevano, come agnati, ed erano agnati del pari anche i germani; e però ci fu bisogno di questa legge, per dare tutta ad essi la proprietà delle robe materne di un fratello nato da una madre medesima, nelle quali si arrogava diritto il consanguineo, per essere agnato non meno, che il germano del fratello defunto. Gli uterini non succedevano nel rango dei fratelli, e degli agnati, ma solamente nell'ordine, e in qualità dei cognati. Principiarono dopo anche questi ad essere considerati come agnati, ed a succedere insieme cogli altri fratelli. Ma quando poi, e in virtù di qual legge furono ammessi? Vi furono ammessi ai tempi di Giustiniano, e in virtù d'una legge emanata, essendo Console esso con Paulino. Ora il Consolato di Giustiniano, e di Paulino corrisponde all'anno DXXXIV. dell'Era comune. Dunque la legge, che ammette alle successioni i fratelli uterini è posteriore alla legge, in cui si vuole, che gli uterini succedano nelle robe materne ad esclusione dei consanguinei. Dunque nella legge anteriore per nome di fratelli nati da una stessa madre, non si possono intendere gli uterini, i quali non erano per anco abilitati a concorrere coi consanguinei, ma s'intendono i fratelli germani del morto. Dunque

male

male a proposito si apporta l'autorità di questa legge per autenticare la differenza tra i beni paterni, e materni, e la successione in quelli dei soli consanguinei, e in questi dei soli uterini. Terminiamo il discorso colle parole stesse di Giustiniano (1): Oltre di ciò non vogliamo più, che un fratello, o sorella uterini si lascino nel rango de' cognati, perchè essendo in grado tanto vicino, con tutta giustizia ordiniamo, che senza differenza veruna, come se fossero consanguinei, siano chiamati in concorrenza dei fratelli, e sorelle legittimi.

§. XLIV.

La seconda cosa, sopra di che qualche incertezza restarvi poteva, si è, se i figli d'un fratello consanguineo, o uterino concorrano con un fratello pure uterino, o consanguineo per diritto di rappresentanza, come concorrer sogliono coi loro zii i figli d'un fratello germano; oppure se essendo questo un privilegio singolare concesso ai soli figli di fratelli germani, rimangano esclusi i nipoti da un fratello uterino, o consanguineo superstite. Sembra, che possano somministrar ragione di dubitare quelle parole di Giustiniano, ove dice: Che se vi saranno fratelli superstiti, e similmente figli di sorella, o di fratello premorto, si chiamino anche questi figli all'eredità in compagnia dei loro zii da parte di padre, e di madre. Dalle quali parole inferiscono alcuni, non darsi vocazione, e concorrenza ai figli cogli zii, qua-

(1) *Leg. 15. §. 2. Cod. de leg. hæred.*

qualora e gli uni, e gli altri non sono insieme congiunti e per parte di padre, e per parte di madre; Ma certamente questo non è il senso della legge, la quale preferisce bensì i figli di un fratello germano a qualunque fratello consanguineo, ed uterino a motivo della doppia attinenza di sangue, che avea il padre loro, che rappresentano. Ella però non nega il medesimo diritto di rappresentanza ai figli di un fratello uterino, o consanguineo, onde concorrere coi loro zii nel caso, che siano anch'essi o per padre, o per madre congiunti al defunto. Ed affinchè ogni ombra di dubbio resti dileguata, e dispersa, rapporteremo la legge (1): „ Dopo i fratelli germa-
„ ni, e i di loro figli, si chiamano i fratelli,
„ e sorelle consanguinei, ed uterini, e i figli lo-
„ ro, quando sia già premorto uno, o una di
„ quelle; e perchè codesti figli sono pareggiati
„ nel grado ai fratelli dell'intestato, vengono sen-
„ za esitanza preferiti agli zii, e ad altri tali pa-
„ renti del defunto medesimo. "

§. XLV.

Se nè fratelli vi sono, nè figli di fratelli, succedono nell'eredità gli altri collaterali secondo la prerogativa del grado, cosicchè i più vicini escludano mai sempre i più lontani; e se si trovano essere più in un medesimo grado, dividesi fra di essi l'eredità in porzioni eguali a ragguaglio del numero degl'individui (2). Fra i collaterali me-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 1.
(2) *Nov.* 118. *Cap.* 3. §. 1.

desimi distinzione anticamente facevasi di agnati, e cognati, di parenti per via di maschio, e di parenti per via di femmina. Quelli si chiamavano in primo luogo, e sino al decimo grado; questi in secondo luogo, e sino al settimo grado soltanto: differenze da Giustiniano abolite: Noi vogliamo, dic'egli (1), che non vi sia differenza di sorte alcuna in qualsivoglia successione, o eredità fra quelli, che sono chiamati, siano maschi, o femmine, siano congiunti al defunto per maschio, o per femmina: Comandiamo, che tolta sia la differenza tra agnati, e cognati, nasca ella o dalle qualità del sesso, o dall'emancipazione, o da qualunque altra cagione, ed ordiniamo, che tutti indistintamente in qualità di cognati siano ammessi alle successioni intestate, secondo l'ordine del grado, in cui sono di cognazione.

§. XLVI.

Sebbene sia vero, che la relazione del matrimonio, quantunque unisca indissolubilmente i conjugati fra di se in una sola medesima carne, non li rende però vicendevolmente parenti, sebbene sia vero, che il fine di questa unione si è la procreazione de' figli, e la formazione d'una nuova famiglia, la quale colle famiglie del padre, e della madre, mercè delle parentele accoppiandosi, serve a mantenere, o a produrre fra più uomini sentimenti di benevolenza particolare, e distinta, onde i discendenti prima, e gli altri cognati poscia sono chiamati all'eredità dell'ascendente, e del cognato, in vita eziandio della mo-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 4.

glie, e del marito: con tuttociò, la tenerezza colla quale amar si debbono i conjugati, il consorzio inseparabile della vita, a cui si sono obbligati, i disastri, e le vicende di buona, e sinistra sorte, le quali sono ad essi comuni; tutte queste, ed altre considerazioni hanno indotto i saggi Legislatori di Roma a mettere nella classe degli eredi ab intestato il marito, e la moglie, e a preferirli al fisco voluto erede in ultimo luogo, ed in mancanza di tutti. Succedonsi dunque i conjugati, e succedonsi in due diverse maniere: alle volte solidariamente, ed in tutta l'eredità: alle volte parzialmente, e per privilegio. Sotto questi due aspetti dobbiamo discorrere della successione de' mariti, e delle mogli secondo il diritto civile.

Quando avverrà, che succedansi marito, e moglie in tutta intera l'eredità? Teodosio, e Valentiniano rispondono (1): A tenore delle antiche leggi il marito, e la moglie succedonsi reciprocamente ab intestato, e in tutto l'asse, ogni qualvolta manca affatto o la naturale, o la legittima successione degli ascendenti, dei discendenti, e dei propinqui, e ne rimanga escluso il fisco. I patti dotali, e le disposizioni de' particolari Statuti regolano a dì nostri le successioni dei conjugati. Ma se nè stipulato vi fosse accordo alcuno nel nuzziale contratto, nè di quest'eredità le Municipali leggi disponessero, come alle volte succede, affinchè possa il marito acquistarsi l'eredità della moglie, e la moglie quella del marito, due condizioni debbono essere verificate indis-

(1) *Leg. 1. Cod. und. vir, & uxor.*

dispensabilmente. La prima è la deficienza di altro erede nella linea dei discendenti, ascendenti, e collaterali; la seconda è la sussistenza del matrimonio in quel tempo, in cui si avvera il caso della successione.

Debbe in primo luogo mancare ogni erede. Dunque, se vi sarà un qualche nipote, o un qualche lontano antenato, o un qualche remoto congiunto del conjugato, che muore, decade l'altro, che vive da ogni speranza di successione. Debbe in secondo luogo continuare la relazione di società conjugale in quel tempo, nel quale l'eredità può pretendersi, vale a dire, alla morte d'uno de' conjugi. Questa relazione di società conjugale ha la sua sufficiente ragione nel contratto, e nella consumazione del matrimonio. Dunque due conjugati uniti insieme colla celebrazione del contratto, sebbene non uniti ancora col commercio carnale, hanno diritto di scambievolmente succedersi. Questa relazione, e società non può essere prodotta in forza di un contratto, che le leggi o divine, o umane rendono nullo, ed inefficace. Dunque, se dimostrerassi esser nullo, e inefficace il matrimonio contratto, si toglierà ai conjugati qualunque titolo alla successione. Questa relazione, e società obbliga i conjugati a convivere insieme, e ad assistersi reciprocamente in tutti i loro bisogni, e in tutte le vicende. Il divorzio rompe questo convitto; impedisce questa assistenza. Dunque (1), se seguito fosse divorzio, quantunque sciolto non fosse il legame del matrimonio, non avrà luogo questa successione fra conjugati.

§. XLVIII.

(1) *Leg.* 1. §. 1. *D. und. vir, & uxor.*

§. XLVII.

Il genio dolce, ed inclinato a favorire il sesso più debole, che proprio fu di Giustiniano, gli fece e trovare, e giustificare il modo, con cui potesse una moglie entrare in parte della successione d'un suo marito defunto, in concorrenza dei parenti, in concorrenza eziandio de' figliuoli. L'esperienza giornaliera mostrato aveva a questo Principe, che molti o per capriccio, o per amore, o per virtù prendono in moglie frequentemente donne povere, ed indotate: gli aveva mostrato altresì, che queste o separate dai mariti per un divorzio, o superstiti ad esso, ed escluse dalla sua eredità dai figli, e dai successori legittimi, erano non di rado ridotte ad una estrema mendicità, ed indigenza. Trovarono un convenevole compenso nelle ordinazioni di questo Augusto. Dopo il Consolato di Belisario uscì una legge, in cui si determinarono le cagioni, per le quali potevasi giustamente domandare il divorzio (1); e si decretò nel medesimo tempo, che qualunque volta un marito, senza ragionevole previo motivo, separato si fosse dalla sua moglie, alla quale non fosse stata assegnata dote veruna, ella aver debba per dovuta compensazione del torto fattole, e a titolo di alimenti, la quarta parte del patrimonio dell'ingrato consorte; al pagamento esatto della qual parte egli possa essere astretto per le vie giudiziarie. Provveduto essendosi in questa guisa alla sussistenza delle mogli indotate, durante

(1) *Nov.* 22. *Cap.* 15. 18.

te la vita dei loro mariti; nell'anno XI, e XV del suo Impero ebbe cura di provvedere con altre due sue leggi allo stato delle mogli, che essendo vissute unite sempre ai mariti, la morte di essi povere le rendeva, e mendiche; e si prese lo spediente di chiamarle in parte dell'eredità dei medesimi. Facendo dunque di queste due leggi un'analisi esatta (1), verremo a conoscere, quando una moglie chiamata sia all'eredità del marito, e quanta sia la porzione dell'eredità, che può essa pretendere.

§. XLVIII.

Il decoro del marito defunto, il nome sacro di moglie, il pericolo, a cui si esporrebbe l'onestà di una donna, persuasero a Giustiniano essere un atto di clemenza, e un dovere di equità il comandare, che una moglie non dotata, e povera succeda in parte dell'eredità del marito intestato in compagnia degli altri eredi legittimi. Io dico non dotata, e povera, perchè se le è costituita in qualunque modo la dote, come finito il matrimonio, ritorna la dote alla donna, ella ha onde vivere del suo, e non può dirsi povera: e se quantunque non abbia dote, ha altronde dovizie, e modi di mantenersi, tralascia similmente d'essere in povertà, e in conseguenza viene a cessar la ragione, per cui se le accorda la successione al marito. Supposto dunque, che abbia una donna o dote, o contradote, resta fuori di dubbio, non poter essa formar pretesa d'entrar in parte

(1) *Nov.* 13. *Cap.* 6. *Nov.* 117. *Cap.* 5.

parte dell'eredità ; e solo si questiona nel caso, che la dote non sia sufficiente per somministrarle mantenimento congruo , e proporzionato, se in allora abbia ella diritto all'eredità , perchè non rimane d'esser povera, sebben dotata. Nella qual circostanza io direi , che secondo lo spirito della legge, e a norma di ciò , che in casi analoghi a questo, ella decreta, debbasi calcolare la dote, e supplire col patrimonio del marito al rimanente, che aggiunto alla dote, venga poi a formare quel tanto, che concesso le fu dalle leggi dell'eredità, ogni qualvolta ed indotata , e povera sia.

Ma supponiamola affatto priva di dote . Sarà ella erede al marito ? Non lo sarà, dice la legge, quando altronde abbia il suo necessario: non è giusto lo scemare in questo caso ai legittimi eredi, o figliuoli l'eredità : le accordiamo la successione allora soltanto, che la mancanza di dote, povera, ed indigente la rende. Ora quando potrassi accertatamente dir povera, ed indigente? Se la famiglia , dalla quale nacque , è agiata a segno di poterle somministrare un mantenimento corrispondente al suo stato, la donna non è più povera: questa provvisione è in diritto di esigerla: il di lei padre è tenuto a darle il bisognevole, o a titolo di dotazione, o a titolo di alimenti. Se ad una donna non ricca di casa sua, e non fornita di dote al suo maritaggio , fossero per liberalità di altre persone o donati, o lasciati beni, e successioni; se ad una donna divenuta già moglie, e presa senza dote, o per legato, o a titolo d'istituzione avesse il marito lasciata parte dell'aver suo, questa non sarebbe più povera; potrebbe pretendere al più , che dall'eredità del

marito se le desse quella porzione, che le assegna la legge. Tutte queste cose son certe. Per altro ogni qualvolta piatir si dovesse, se una moglie sia povera, o nò, se ne rimette il giudizio ai tribunali, i quali attese le particolari determinate circostanze del fatto, debbono dar la sentenza.

Veggiamo ora qual parte aver possa la moglie, e seguitando pur sempre le leggi, distinguiamo così (1). O lascia un marito figli dopo di se, sia da una moglie sola, sia da più mogli, o non lascia da se discendenza. Se lascia figliuoli, o questi non sorpassano il numero di tre, o eccedono questo numero. Quando i figli non sorpassano il numero di tre, la moglie succede nella quarta parte del patrimonio del marito; e quando questi sono più numerosi, allora la moglie succede in tanta parte dell'eredità, quanta a ciascheduno de' figli individualmente ne tocca; cosicchè dato, che ad ogni figlio mille scudi si assegnino nella divisione dell'asse, nulla più di mille scudi può appartenere alla moglie. Sia però, che succeda nella quarta parte, sia, che succeda in eguale virile porzione, dobbiamo avvertire, che la donna eredita il solo usufrutto, e non la proprietà, la quale essa è tenuta a conservare a que' figli, dei quali ella fu madre. Che se poi figli non ve ne sono, ma l'eredità del marito sia per devolversi ad altre linee, succede in allora la moglie insieme coi parenti, chiamati nella quarta parte dell'asse, e diviene di questa non solo semplice usufruttuaria, ma proprietaria, e padrona assoluta.

(1) *Nov.* 117. *Cap.* 5.

Così

Così colle facoltà dei mariti provveduto si volle alla povertà delle mogli. Ma se povero fosse un marito, e se ricca fosse una moglie, non sembra esser giusto, che abbia anch'egli la parte sua nell'eredità della consorte? Sembrollo a Giustiniano medesimo per qualche tempo; ma o sia, che riflettesse poscia non poter mancare ad un uomo i mezzi di procacciarsi il mantenimento della vita coll'industria, o sia, che pensasse non andare soggetto l'uomo a quei pericoli, ai quali una mal consigliera povertà espone la donna, pare, che mutasse pensiero, e chiuse la seconda sua legge con queste parole (1): „ Proibiamo al „ marito di poter ricevere sotto qualunque pre„ testo dal patrimonio della moglie quella por„ zione, che abbiamo a lei accordata su i beni „ del marito in certi casi, quantunque concesso „ glielo avessimo questo diritto in una preceden„ te nostra costituzione. "

§. XLIX.

Gli Augusti Onorio, e Teodosio circa l'eredità devolute al fisco, parlano così (2): „ I be„ ni vacanti de' morti, ordiniamo, che in allora „ soltanto passino al fisco, che l'intestato non ha „ lasciato erede alcuno legittimo di qualunque li„ nea, o per qualunque giuridico titolo. " Per accertarsi dunque, che non esiste legittimo erede di sorte, e perchè pregiudicate non restino le ragioni o del Sovrano, o dei privati, l'ordine è que-

1760. Cod. Civile Univ.

(1) *Nov. 117. Cap. 5. vers. 6.*
(2) *Leg. 4. 5. Cod. de bon. vacant.*

questo, che in tali casi convien tenersi. Si spediscono Procuratori fiscali, ad istanza de' quali dal Governatore della Provincia si prende esatta informazione dello stato, e della morte del defunto, e si forma diligente giurato inventario di tutti i beni mobili, e stabili, debiti, e crediti appartenenti alla vacante eredità. Fatto l'inventario, e poste le sostanze in sicuro deposito, si pubblica un bando, assegnando convenevole tempo, il quale sormonta di un mese lo spazio di un'anno, affinchè presentare ai tribunali si possa chiunque si credesse di aver vocazione, e diritto alla successione. Spirato il tempo prefisso, e non comparendo alcun pretendente, il Principe si dichiara erede, ed incorpora al pubblico erario in vantaggio della società, ch'ei rappresenta, e di cui era membro il defunto, tutto ciò, che a lui apparteneva, e che ritrovasi dentro i confini dello Stato.

Appendice delle Leggi Venete circa le successioni intestate.

§. I.

Dalla disposizione delle leggi Romane, passiamo ora a vedere cosa abbiano statuito le Venete rapporto alle successioni intestate. E per dare un qualche ordine alla materia, divideremo in quattro parti il discorso. Diremo primieramente ciò, che fu decretato riguardo all'eredità in favore dei discendenti; in secondo luogo tratteremo degli ascendenti; dei collaterali nel terzo; e ultimamente della successione de' conjugati.

La

La premura di conservare in uno stato comodo, e dovizioso le famiglie, rese appresso de' Veneti Legislatori più favorevole la condizione de' maschi della condizione delle femmine; e delle persone agnate più, che de' cognati, a somiglianza degli antichi Romani, e a differenza di Giustiniano. Quantunque perciò siano preferiti i discendenti alle rimanenti linee de' congiunti, dobbiamo avanti di ogni altra cosa distinguere, se si tratti di succedere al padre, ed ascendente paterno, ovvero alla madre, ed ascendente materno. Di più dobbiamo avvertire, se si tratti della successione de' figliuoli, oppure di altri discendenti in gradi ulteriori.

Immaginiamo, che morto sia ab intestato il padre; e in questo caso possibili sono tre ipotesi. È possibile, che superstiti sieno soli figli maschi. È possibile, che ci sieno e figli, e figlie. È possibile, che sopravvivano sole figliuole senza discendenza maschile. Essendovi soli figliuoli maschi, succedono tutti, e cadauno in eguali porzioni, tanto ne' mobili, quanto negli stabili, e indistintamente in tutto il patrimonio paterno: se non che, qualora uno de' figli è emancipato, e diviso dal padre, scemare si debbe dalla porzione sua ereditaria l'equivalente di ciò, che ricevette dal padre vivente, cosicchè resti pareggiato cogli altri fratelli (1). Essendovi sole figlie senza discendente alcuno per maschio, o nubili, o maritate, che sieno, elleno sole sono le eredi universali del padre (2); intendendo però, che debbasi dalle

(1) *Lib.* 4. *Stat. Cap.* 24.
(2) *Lib.* 4. *Stat. Cap.* 26.

dalle già maritate mettere in conto la dote ricevuta, e a proporzione di questa scemare la quota dell'eredità.

Ma se fia, che v'abbiano e figli, e figlie concorrenti insieme alla successione del padre; ecco le regole, che dovremo osservare. Può darsi, che uno de' figli abbia già preso moglie, ed abbia il di lui padre, ed avo ricevuta, e confessata la dote. In questo caso prima di procedere a qualunque divisione di eredità, dee farsi il pagamento di dote, prendendo in estinzione del debito della medesima tanti mobili, quanti al valore d'essa equivagliono, non istendendo la mano agli stabili, se non quando mancano i mobili (1). Fatto il pagamento, e la detrazione di queste doti, osservare in secondo luogo conviene, se la figlia, o le figlie siano maritate, o dotate dal padre, ovvero se nubili sieno, ed indotate. Maritate, e dotate, ebbero quanto potevano dal genitore pretendere: si contentino della dote loro: aspirare non possono ad una successione, dalla quale i figli, e fratelli maschi totalmente le escludono (2). Nubili, ed indotate concorrono coi figli maschi egualmente alla successione del padre le femmine, ne' beni mobili per altro soltanto, e non mai negli stabili, quando non fosse in supplemento. Imperciocchè non avendo le figlie azione alcuna sul patrimonio paterno, se non per l'assegnazione di una dote decente, e questa dovendo formarsi coi mobili, e non coi fondi della famiglia, ne segue, che abbiano diritto di succedere

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 24. §. 4. *Cap.* 25. §. 8.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 15. §. 9.

dere in un coi figli non agli stabili paterni, ma unicamente ai mobili, quando il prezzo, e la quantità di essi basti per onorevolmente, e proporzionatamente dotarle.

Che se dubbio nascesse, se la parte de' mobili ereditata dalla figlia, o figlie sia bastante, o nò per formare la dote, si rimette la decisione all' arbitrio dei parenti, i quali dentro il termine di giorni quindici debbono interporre sentenza di *Laudo*, e giudicare della convenevolezza, o sconvenevolezza della dote, la quale si pretende di formare dai mobili. Non vogliono forse, o non possono per la discordanza dei pareri, o non ci sono parenti per pronunciare come arbitri tale sentenza? Si ricorre ai giudici, e il Magistrato dell' Esaminador, dichiarato competente a questi affari (1), darà la sentenza, ponderate le circostanze del fatto; e se giudicherà, che sia sufficiente il valore degli effetti mobiliari alla costituzione d' una dote competente, si impone silenzio alla figlia domandatrice, nè può ella altro pretendere dalla successione paterna.

Costando poi ad evidenza, o essendo giuridicamente deciso, non essere bastevole la porzione contingente de' mobili alla congrua dotazione della figlia, si lascia alla scelta de' fratelli o di supplire alla quantità de' mobili, che manca, col soldo, o di dare danaro contante invece di mobili, e ritenere per se tutti gli stabili, oppure di dividere colla sorella e mobili, e stabili, che fossero di ragione particolare del padre defunto, e non tramandati in lui dagli ulteriori antenati (2).

Questa

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 25. *vers.* 3. 6.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 25. §. 3. 4.

Questa libertà di scegliere accordasi al fratello nell'ipotesi, che non si usi ingiusto stancheggio alla figlia nubile, la quale domanda nella successione a suo padre il suo stato, e la sua dote. Quindi è, che se dal giorno della di lei giuridica domanda, si lascia passare un mezzo anno senza compiere le formalità mentovate dianzi, fu decretato, che la figlia succeda egualmente col figlio suo fratello negli effetti e mobili, e stabili del loro padre comune.

La prerogativa accordata ai figli maschi nella successione di beni stabili paterni, acciò non vengano trasportati dalle figlie fuori delle famiglie, non ha luogo riguardo ai beni della madre, la quale è sempre estranea, e non della famiglia. In conseguenza di che venne ordinato (1): che in tutti i beni e mobili, e stabili succedano per eguali porzioni alla madre intestata e i figli maschi, e le figlie o vedove, o maritate, o nubili, senza distinzione di sorte.

§. LI.

Prima di passare all' ordine di succedere degli ulteriori gradi nella linea dei discendenti, sarà bene di rimarcare le disposizioni delle leggi nostre riguardo ai figli legittimati, e naturali. La legittimazione *per subsequens matrimonium*, è approvata nel nostro Stato, ed eguaglia perciò il figlio procreato avanti la celebrazione delle nozze ai figli nati dappoi, e lo ammette all' eredità di tutti i beni paterni (2). Ma osservatosi poscia, che

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 28.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 29.

che codesti figli legittimati si chiamavano alla successione eziandio de' fidecommessi a pregiudizio della prole, e discendenza legittima; nel 1617. essendo Doge Giovanni Bembo si decretò (1): che i legittimati concorrano coi legittimi indifferentemente nelle facoltà del padre non condizionate; ma che poi esclusi s' intendano da qualunque successione ne' fidecommessi, e transversali, ed ascendenti, e paterni ancora, quando espressamente non fossero dai fidecommittenti chiamati.

Nel medesimo accennato Decreto riprovasi come ingiusta, ed ai buoni costumi contraria, una consuetudine, la quale andava serpeggiando in que' tempi, mercè di cui i figli naturali venivano preferiti ai legittimi consanguinei, e propinqui; e si definisce, che non s' intendano compresi sotto il nome generale di figli, e discendenti, nè in concorso de' legittimi parenti succeder possano nella paterna eredità, se non che, restando eglino liberati dal debito di pagare all' Officio dell' Acque l' imposizione del cinque per cento nel caso di eredità pervenuta in essi dalla madre (2); sembra potersi asserire, esser eglino chiamati a parte delle successioni materne.

§. LII.

Veduta in questo modo la regolazione delle successioni riguardo ai figli, passiamo a vedere le regolazioni delle medesime riguardo agli altri discen-

(1) *Correzion Bembo. Cap.* 4.
(2) *Legg. Civil. Cap.* 14.

scendenti. Di queste ci agevolerà a formare idea più distinta il premettere alcune ipotesi, alle quali ridurre poi la materia. Imperciocchè o vi sono tra i discendenti più persone nel medesimo grado, o ve ne sono altre in grado più vicino, ed altre in più lontano. Di più; o queste persone in linea retta discendono da maschi, o discendono da femmine. Finalmente codeste persone discendenti sia in grado più vicino, sia in più lontano, discendenti però da maschi, esser possono o tutte di un sesso, o di sesso diverso. Tutte queste ipotesi sono possibili; ma in ciascheduna di queste ipotesi avvi differente Costituzione di leggi. Convien dunque separatamente discorrerne.

Principiamo col supporre, che vi siano più discendenti, e tutti nel medesimo grado, e tutti maschi, nati da un maschio solo, come se da un unico figlio premorto rimangano tre nipoti viventi. Io dico, (1), che all'eredità intestata dell'avo tanto nei mobili, quanto negli stabili, succedono tutti e tre egualmente, e per capi; avvertendo però, che se uno di questi fosse emancipato, e diviso dal padre, o dall'avo, egli è tenuto di computare nella propria porzione tutto quello, che ricevette dalla famiglia. Supponiamo, che esistano più discendenti maschi nel medesimo grado, ma procreati da differenti maschi; come sarebbe, se ci fossero nati da un figlio tre nipoti, e due nati da un altro. Io dico, che concorrono tutti all'eredità per stirpe però, e non per capi; onde alla prole di ciascun figlio premorto quel tanto solamente appartiene, che avreb-

be

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 24. §. 1. 2.

be il di lei padre rispettivo, se fosse ancora vivente.

Ora invece di maschi fingiamo esservi femmine sole nella linea dei discendenti. Se da un figlio nate siano nipoti, e premorto sia il loro padre, succedono tutte del pari all'eredità dell'avo loro, in quella guisa, che in mancanza di figli succedono al padre le figlie, dovendo però le maritate, se ve n'ha fra d'esse, imputare nell'eredità le doti ricevute (1). Se da un figlio solo premorto nati fossero due, o più maschi, ed una, o più donne, concorrono esse pure all'eredità dell'avo insieme coi loro fratelli, ma solamente concorrono nei beni mobili, e non già negli stabili, quando porzione di questi smembrare non si dovesse per supplire alla dote a norma di ciò, che abbiamo detto doversi praticare nel caso, che concorrono alla paterna eredità fratelli, e sorelle (2). Se da due figli prole nascesse, in guisa però, che quella di uno fosse maschile, femminile quella dell'altro; i nipoti, e le nipoti succedono simultaneamente all'eredità dell'avo, rappresentando e quelli, e queste la persona de' loro padri, e in conseguenza succedono in stirpe; con questo divario però, che le femmine nipoti, quantunque siano in grado uguale coi proprj cugini, non rappresentano il loro padre, se non se riguardo ai mobili; e perciò non succedono, se non in quella porzione, che in tali effetti avrebbe egli avuto, e non alla porzione degli stabili, toltone il caso, che i mobili non bastassero per

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 2. §. 1.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 25. §. 4.

la costituzione delle doti. Se poi non ci fossero di due figli altro, che femmine, essendo tutte nello stesso grado della medesima linea, e del medesimo sesso, non ci è dubbio, che non succedano tutte nell' intero patrimonio dell' avo per diritto di rappresentanza, ed in stirpe (1). Se finalmente uno avesse un figlio, ed una figlia, e superstiti fossero figli, e figlie dell' uno, e figli, e figlie dell' altra; sarebbero tutti, rispetto all' avo, nella linea de' discendenti, sarebbero tutti in grado uguale nipoti: pure la prole della figlia essendo congiunta per cognazione, e per agnazione la prole del figlio, resta per la prerogativa del sesso esclusa la discendenza della figlia in concorso della discendenza mascolina, nè può ella far uso del diritto di rappresentanza (2).

§. LIII.

Nella linea dei discendenti esser vi possono superstiti più persone, e in grado diverso. Possono esservi maschi in grado più vicino, e donne in grado più lontano; esservi donne in più vicino, e maschi in grado più lontano; esservi donne sole, nate da maschio altre in più vicino, ed altre in grado più lontano. Tutte queste persone per diritto di rappresentanza si pareggiano in grado; tutte pretendono, tutte hanno vocazione all' eredità. Ma succedono poi tutte? E come succedono? Le leggi Venete anno disposto così.

Quando vi è un figlio vivo, e insieme vi sono

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 25. §. 5. *Cap.* 26. §. 3.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 26. §. 4.

no nipoti di altro figlio premorto, succedono all' eredità dell' avo e figlio egualmente, e nipoti; quegli per diritto suo proprio; questi per diritto di rappresentanza, portando via tutti insieme quella parte, che avrebbe al loro padre toccata (1). Quando vivi sono figlio, e figlia, e nipoti d' altro figlio premorto; come se vivo fosse il loro padre, e divisa si fosse l' eredità, egli avrebbe avuta in sua parte la metà degli stabili, e la terza parte de' mobili; così essi rappresentando la di lui persona, succedono in un col loro zio alla metà degli stabili, e in un con questo, e con la zia nella terza parte de' mobili (2). Quando vi è una figlia, e insieme nipoti di figlio premorto, questi si portano via per la rappresentanza paterna, e per lo privilegio del sesso tutti i beni stabili, e succedono nei mobili per metà colla zia; e così del pari, quando sia vivo un figlio, e superstiti sieno d' un figlio premorto, nipoti femmine, hanno anche queste diritto alla successione de' mobili per quella porzione, che sarebbe appartenuta al loro padre, e a quel tanto degli stabili, che necessario si rendesse per la propria collocazione a titolo di dote (3). Quando vi sono figlie, e nipoti donne discendenti da figlio, le nipoti concorrono colle zie per stirpe, e tanto dell' eredità dell' avo si prendono, quanto una di lui figliuola si prenderebbe, rendendo e l' identità del sesso, e la rappresentanza del padre eguali in tutto le nipoti alle zie (4).

 §. LIV.

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 24. §. 1. *Lib.* 6. *Cap.* 52.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 25. §. 4.
(3) *Lib.* 4. *Cap.* 25. §. 5.
(4) *Lib.* 6. *Cap.* 53.

§. LIV.

La linea dei discendenti è preferita all' altre nell' eredità. Ella succede coll' ordine esposto. Ma non essendovi discendente alcuno, l' eredità si devolve prima alla linea degli ascendenti, e poscia dei collaterali, col metodo però, e gradazione seguente.

Il discendente defunto o lascia dopo la sua morte soli ascendenti, morendo, senza fratelli, o lascia e fratelli, ed ascendenti simultaneamente. Se lascia soli ascendenti, a questi, quando sieno però suoi agnati, compete la successione, secondo la prerogativa del grado, cosicchè il più vicino escluda sempre il più lontano, e in conseguenza l' eredità intestata di un figlio sia unicamente del padre, e non dell' avo sopravvivente, e quella del nipote sia dell' avo, quando non ci è il padre, e non già del proavo, e così di mano in mano (1). Ma se oltre gli ascendenti lascia eziandio dei fratelli, e de' figli d' un predefunto fratello, i fratelli succedono in capi insieme cogli ascendenti, e i figli di fratello concorrono e cogli ascendenti, e cogli zii in quella parte, che sarebbe stata del loro padre, e vi concorrono per diritto di rappresentanza; diritto, che secondo le Venete leggi egualmente, che secondo le Romane, ai soli figli di fratello unicamente è concesso (2). Se poi superstiti sono i fratelli senza, che vi abbia ascendente veruno; questi in pari por-

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 27.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 27. §. 1. 3.

porzioni succedono, e insieme con essi i figli d' altri fratelli, che sottentrano in luogo, e grado del padre (1).

Riguardo alle donne, e ad altri propinqui, che potesse aver un defunto, degne di particolare memoria sono due leggi, le quali si aggiunsero agli statuti primitivi ne' tempi posteriori. Comanda la prima, che se l' eredità d' un defunto trasportar si dovesse ad altre persone oltre di quelle, che abbiamo già mentovate, e che maschio, e femmina si trovino essere nel medesimo grado di propinquità, e di agnazione, il maschio sia preferito alla donna nella successione degli stabili, ed il maschio, e la donna siano egualmente chiamati alla successione nei mobili. Ordina l' altra (2): che se trovansi nell' agnazione uomo, e donna, questa in grado più vicino al defunto, quello in grado più lontano; in allora ambedue senza riguardo del sesso siano ammessi ad una eguale participazione dell' eredità tanto nei beni mobili, quanto negli stabili.

Ciò, che si è detto del diritto di succedere, che anno ad un fratello i fratelli, dobbiamo intenderlo dei fratelli germani. Cosa diremo dunque dei consanguinei, e degli uterini relativamente alla successione fraterna? Rapporteremo le precise parole della legge emanata nell' anno 1586. (3): Concorrendo gli uterini con i consanguinei alla successione del fratello, o sorella uterini, succedano sempre i consanguinei da parte di padre, non

H 3

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 27. §. 4.
(2) *Cons. Cap.* 39. 40.
(3) *Correz. noviss. Cap.* 15.

non potendo il ventre materno trasferire ai figliuoli di padri diversi quello, che per natura, e per sangue non può in essi pervenire: debbano essi uterini in mancamento dei consanguinei predetti essere preferiti al fisco.

§. LV.

Delle madri non abbiamo fatta menzione, perchè non ne fanno nè meno gli statuti nostri, ove si tratta dell' ordine delle successioni. Pare anzi, che per qualche corso di tempo siano elleno state interamente escluse dall' eredità de' loro figli, e discendenti. Ma poscia sembrò iniqua cosa, e contraria al sentimento dell' umanità, ed ai dettami della ragione il privarle affatto della successione nei beni de' loro figli, e figlie. Pubblicossi una legge pertanto, in cui si decretò (1): Che mancando i discendenti tutti, e gli ascendenti, ed i collaterali, venga chiamata la madre all' eredità de' figli; e mancando poi anche la madre, sottentri il fisco in ultimo luogo.

Per altro quest' ordine di succedere, nel quale il sesso mascolino ha un così grande vantaggio sopra il femminile, dobbiamo avvertire, doversi osservare soltanto, quando si tratta dell' eredità intestata di un maschio. Che se una donna viene a mancare senza testamento (2), ad essa succedono bensì gradatamente le linee de' parenti col metodo, e subordinazione stabilita dianzi; ma sono in qualunque linea, e in qualunque grado chiamati

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 54.
(2) *Lib.* 4. *Cap.* 28.

mati indifferentemente e maschi, e femmine tanto negli stabili, che ne' mobili.

§. LVI.

Restaci a vedere qual diritto competa ad una moglie, quando il di lei marito è morto intestato. Per isfuggire la confusione ci conviene distinguere in questa guisa. O si parla d'una moglie, e d'una madre insieme nel caso, in cui l'eredità intestata è trasmessa alla prole superstite; o si parla di una moglie semplicemente nel caso, in cui l'eredità per mancanza di figli comuni, è devoluta ad altri eredi o legittimi, o fidecommessarj. Se parliamo di moglie insieme e di madre, i figli, o nipoti della quale sono gli eredi del padre, o avo intestato; in primo luogo ella ha diritto sempre di ripetere la sua dote, e dimissoria; in secondo luogo dobbiamo distinguere, se codesti figli, e nipoti siano maggiori, o minori d'età. Imperciocchè sino a tanto, che i figli, e nipoti, tutti e cadauno pervenuti non sono all'età maggiore, o siano maschi, o siano femmine (1), la madre, o l'avola continuando a rimanersi vedova, e desiderando di seco loro convivere, non solo potrà abitare nella casa del marito, ma di più potrà esigere vitto, e vestito corrispondente alla qualità sua, e alle sostanze del defunto consorte, alla quale somministrazione resta obbligata l'eredità sino a che spirato sia il tempo della minorità. Quando poi i figli, o nipoti eredi, fossero già tutti fuori di minorità, la madre,

(1) *Lib.* 4. *Cap.* 34. §. 1.

dre, quantunque solennemente si dichiari di voler vivere in vedovanza, ella non può vivere dei beni del marito oltre di un anno, ed un giorno dalla di lui morte. Passato quest'anno, e questo giorno cosa può ella pretendere? Può pretendere, che restituita le venga la dote sua, e contradote, se le fu costituita. Può pretendere oltre di ciò (1) di avere alloggiamento, e stanza nella casa del marito, sino che vive in vedovanza modesta, senza poter esserne discacciata, toltone però il caso, che necessario non fosse assegnarle codesta casa in dote, o venderla per formare la dote ad una figlia, o ad una nipote per figlio del defunto marito, qualora le ragioni dotali della moglie vedova non ne impedissero l'alienazione.

Ma se la moglie non ha prole alcuna, e per conseguenza eredi del marito non sono i figli, o discendenti, ma altri propinqui, o estranei; in tale circostanza, o mancano gli eredi di restituire ad essa la propria dote, e dimissoria; cosicchè ritrovasi ella in necessità di domandare il pagamento ai Magistrati, o ultroneamente ne offrono eglino, e depositano l'intero esborso, prevenendo le istanze della vedova. Come si concede tempo agli eredi di un anno e di un giorno per pagare la dote, così per un anno, ed un giorno può rimanersi la donna nella casa del marito, e pretendere gli alimenti dai beni di lui per questo spazio, e pretendere dagli eredi un abito vedovile, quand'anche essa taccia, nè gli molesti, ed astringa a cotal pagamento cogli atti giudiziarj, mentre astringendoli essa col proporre domande d'in-

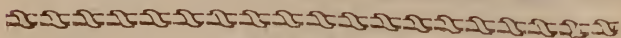
(1) *Lib.* 1. *Cap.* 60. *Lib.* 4. *Cap.* 34.

d' intromissione di beni, è ben vero, che può fermarsi in casa sino all' intero soddisfacimento del credito suo; ma è vero altresì, che i beni del marito non più sono assoggettati al peso di mantenerla. Che se poi gli eredi, o commissarj da per se, spontaneamente, e avanti qualunque inchiesta, ed atto giudiziario della donna, le offeriranno e la veste sua vedovile, e l'intero esborso della dote, ella nè viver potrà più delle sostanze, nè fermarsi in casa del marito, se non se per lo spazio di due mesi dopo la di lui morte; e quando negasse d'uscirne, i giudici del Proprio, o d' altri Tribunali potranno costringerla con pene ad arbitrio (1).

§. LVII.

Chiuderemo il discorso coll' additare il modo di entrare in possesso di una successione intestata. Quegli, il quale pretende d'essere erede legittimo, dee presentarsi al Magistrato, detto del Proprio. Produce due testimonj, i quali asseriscono di sapere, essere l'impetrante parente, o conjuge del defunto; di non sapere, che vi sieno altri parenti in grado più vicino; di non sapere, che vi sia testamento, o altra disposizione in contrario. Ricevuto dal Magistrato questo attestato, impetrasi da esso un comandamento di fare dentro un mese replicate stride in due giorni di Domenica nella contrada, ove morì l'intestato, ad oggetto, che si manifesti chiunque pretendesse di aver azione alla successione. Se alcuno vi pretende,

(1) *Lib.* 1. *Cap.* 60. *Lib.* 6. *Cap.* 17.

tende, vassene al Magistrato; nel libro stesso degli Atti Pubblici, ove sono registrate le stride, ei fa notare un interdetto al possesso, che impetrar potesse dell' eredità chiunque senza il previo ascolto delle sue ragioni in contradditorio giudizio. Ma se nel termine, agli stridori prefisso, nessun contradicente viene a darsi in nota, il Giudice in allora rilascia un decreto, in conseguenza del quale colui, che primo appresentossi, si pone in legittimo possesso di tutti i beni stabili, e mobili appartenenti all' eredità, e l'impetrazione di tale decreto dicesi in foro: *Il Levo di successione* (1).

TITOLO II.

Delle Obbligazioni.

§. I.

Abbiamo sino ad ora ragionato delle varie differenti maniere introdotte, ed approvate dall' uso degli uomini, e dall'autorità delle leggi, mercè delle quali si acquista, ed in noi passa il dominio d'una qualche cosa, la quale o non era in proprietà di veruno, ovvero era legittimamente posseduta da altri. Il mantenimento dell' umana società, i bisogni, e le convenienze reciproche degli individui, che la compongono, l' ineguaglianza, e insieme la limitazione del loro stato, e del-

(1) *Pratica del Palazzo Cap.* 3. §. 1. 12.

e delle loro forze, ricercano continuamente, ed indispensabilmente una scambievole comunicazione di servigi, e di cose, che uno può prestare, e che necessario ad altri si rende l' avere. Ma questi servigi, e queste cose affinchè si possano pretendere, e pretendere in guisa, che uno costretto sia a prestarle ad altri, necessariamente ricercano, che l' uno individuo resti obbligato all' altro; cosicchè in conseguenza di questa precedente obbligazione, sia quegli in diritto di poter esigere l' adempimento della medesima, e questi tenuto sia al soddisfacimento di quanto ad altri promise, o si pose in necessità di dare, o di fare per servizio, e vantaggio di un terzo. Fa di mestieri dunque ben conoscere cosa sia l' obbligazione, la quale è il fondamento di tutte le promesse, e di tutti i contratti.

§. II.

Ci conviene distinguere fra l' idea di obbligazione, e l' idea di necessità. Qualora venghiamo determinati ad operare, oppure a volere precisamente una cosa piuttosto, che un' altra, in guisa, che tolte ci siano assolutamente le forze, o l' applicabilità delle medesime a poter operare, o volere il contrario di ciò, che facciamo: in allora operiamo necessariamente. Le azioni prodotte dall' uomo in tale stato, in cui egli è un essere non più libero, e determinante se stesso, ma veramente passivo, e mosso da superiore potenza, quantunque esser possano spontanee, e accompagnate da sentimento di piacere, non però gli sono per se stesse imputabili, nè cadono sotto la pre-

scrizione delle leggi. L'idea di obbligazione esclude qualunque vera necessità. Il nostro spirito ravvisa il rapporto d'un'azione con un qualche effetto, che ne dipende. Codesta percezione dell'intelletto eccita, ed inclina la libera volontà nostra a determinarsi alla scelta d'un'azione per ommetterla, o per eseguirla. Ella elegge in conseguenza degli effetti, che si rappresenta risultanti dall'azione medesima; ma la rappresentanza di questi effetti non le toglie la facoltà di scegliere anche l'opposto, o di starsene in una piena inazione. Ella elegge in forza di certi motivi preponderanti, i quali la tolgono dallo stato d'indifferenza, e di equilibrio; ma la preponderanza medesima di questi motivi è un effetto di lei, in quanto, che da se stessa applica le forze del pensiero, e ravviva i suoi conati per renderli vittoriosi, ed ottenere la sua approvazione, e consenso.

Se vi ha dunque obbligazione nell'uomo, ella nasce in quest'essere ragionevole, e libero dalla rappresentanza dei motivi, che sono atti a determinare la di lui volontà a scegliere un'azione in preferenza di un'altra. Ora le idee del bene, e del male, della perfezione, o imperfezione del proprio stato, sono i motivi naturalmente capaci d'operare sul cuore, e sul volere d'un uomo. Dunque nascerà in lui l'obbligazione di agire in questo modo o in diverso, se alle azioni, che sarà per fare, aggiunta vi sia la conseguenza di bene, o di male, di perfezione, o d'imperfezione, che indubitabilmente in esso lui è per prodursi. E' vero, che può egli o trascurare del tutto, o non ispendere il dovuto riflesso sopra le

con-

conseguenze necessarie delle sue azioni; ma è vero altresì, che nell'ipotesi, che voglia egli operare ragionevolmente, dee certamente determinarsi ad operare in conformità di quel bene, o di quel male, che si rappresenta come congiunto alle azioni. Dal che ne viene, che se vogliamo por mente alla genesi di qualunque obbligazione, noi la troveremo nella connessione dei motivi colle azioni; e se vogliamo poi considerarne la natura, e gli effetti, noi la diremo una ipotetica morale necessità di operare in conseguenza del bene, o del male risultante dalle azioni medesime.

§. III.

Qualunque convenzione, o contratto imponendo all'uomo una morale necessità di dare, o di eseguire una qualche cosa, a cui anteriormente non era per legge soggetto; egli è visibile, che ogni convenzione, e contratto restringe, e scema l'uso di quella libertà, che è naturale ad ogni uomo, e che gli viene dalle leggi accordata. La ragione, per la quale codesto uso di libertà ci viene tolto, e siamo costretti ad operare dopo la celebrazione d'un contratto in una maniera determinata consiste primieramente nell'atto di nostra volontà, e nel consenso, che abbiamo prestato, il quale dando ad altri il diritto di esigere da noi ciò, che abbiamo promesso, mette in conseguenza noi medesimi in necessità di adempirlo. L'anima adunque, e la proprietà più essenziale di qualunque contratto è l'assenso delle parti; e sebbene sia vero, che per dar l'esistenza a certe spezie di contratti, il consenso solo non basta,

ma

ma vi si ricerca o la tradizione attuale d'una cosa, o l'espressione di certe parole, o il concorso di qualche altra azione; vero è altresì, che nessun contratto potrà mai aver luogo, e considerarsi come formato, e prodotto, se vi manca il consentimento necessario per generare l'obbligazione, la quale è il naturale effetto, e il fine primario delle convenzioni fra gli uomini.

Essendo il consenso una tendenza della volontà di più esseri ragionevoli ad uno stesso fine, ed oggetto, e nei contratti dovendo presupporsi il consenso de' contraenti: manifesto si rende, che v'interviene questo consenso ogni qualvolta uno vuole, che facciasi, o non facciasi quella cosa medesima, che l'altro pur vuole, che sia fatta, o non fatta. L'atto della volontà, il quale è interno, ed invisibile, debbesi manifestare tra i contrattanti esteriormente con segni sufficienti a rilevare il sentimento dell'animo. Se codesto sentimento uniforme al sentimento altrui, viene indicato o con parole, o con cenni, o con altri tali atti, che la natura stessa, o il costume istituì, ed adottò per essere come simboli esprimenti il consentimento dell'uomo: codesto consenso dicesi Espresso; e l'esistenza di questo in qualunque modo poi venga indicata, basta, per dare esistenza al contratto. Che se nè parole, nè segni equivalenti a parole intervengono, ma le circostanze, che accompagnano l'atto, tali sono, onde arguire il consentimento si possa, codesto dicesi Tacito. Dicesi Presunto eziandio, in quanto che dalla matura attenzione ai rapporti, ed alle conseguenze d'un'azione, le leggi conghietturano, e definiscono, essersi intervenuto l'assenso di quella per-

persona, in vantaggio della quale ridonda l'operazione di un altro. L'esempio rischiarerà forse meglio la cosa. Se io domandassi ad uno, che una merce mi vendesse, offerendoli un prezzo determinato, ed egli senza nè repplicare, nè annuire, me la offerisse; questa circostanza, questa modificazione della facoltà loro motiva, mercè d'un atto del mio volere, indica tacitamente il sentimento del venditore non discordante dal mio. Se un amico in mia assenza prendesse cura di un qualche mio affare, e a mio vantaggio lo maneggiasse sebbene nè data gli avessi commissione per questo, e nemmeno sapessi le occorrenze mie, e i miei bisogni, la ragione ci determina a credere, che ben volentieri avrei io acconsentito a tuttociò, che un animo ben'affetto intraprendesse a mio vantaggio, e piacere (1). E se un creditore rimettesse in mano di chi gli và debitore, lo scritto confessionale del debito suo, ovvero lacerandolo togliesse avvertentemente a se stesso l'unico mezzo, e fondamento di sue pretese; sembra, dice la legge, che questa circostanza bastevole argomento ci presti per credere nell'animo del creditore un consenso di assoluta formale rinuncia ad ogni azione dipendente dal credito (2).

§. IV.

Ma il semplice silenzio della persona, a cui si parla, e con cui vorrebbesi stringere reciproca obbli-

(1) *Leg.* 17. *D. Mand.*
(2) *Leg.* 2. *D. de pact.*

obbligazione di contratto, sarà egli segno della sua approvazione, e consenso? Abbiamo sopra di questo due leggi. Nell'una si dice: *Chi tace, pare, che acconsenta;* e nell'altra: *Chi tace, vero è, che non confessa, ma vero è altresì, che non niega* (1): Ora dovendo nel contratto intervenirvi un positivo atto di assenso, ed il silenzio non essendo in se stesso contrasegno certo di questo positivo assenso; nasce questione, in quali casi la taciturnità ad una interrogazione considerare si debba come un segno d'attuale consentimento; e in quali casi considerar non si possa, ove si tratta di arguire l'esistenza di un qualche contratto.

Noi distingueremo così. Vi sono certi atti, i quali tendono tutti al vantaggio di una persona; e ve ne sono di quelli, i quali se vengono accettati, portano o disavvantaggio, o obbligazione in chi gli accetta, o vi acconsente. Ora supposto sempre, che uno abbia l'intera cognizione della natura, e degli effetti di quella cosa, sopra di cui viene interrogato, e sopra di cui deve rispondere: se ella ridonda in puro vantaggio suo, e non pertanto egli faccia, nè con gesto, o cenno alcuno il suo acconsentimento dimostri; codesto importuno silenzio diventa un segno di ripugnanza, e di dissenso a ciò, che avrebbe facilmente potuto espressamente approvare accetandolo, se lo avesse aggradito. Una donazione deve essere accetata. Se io mi esprimo di voler donare ad altrui una qualche cosa, e questi taciturno si stia, nè in altra guisa il suo consentimento mi dimostri;

(1) *Cap.* 44. *de R. J. in VI. Leg.* 142. *D. de R. J.*

stri ; un tale silenzio segno mi diviene di non essere aggradita l' offerta ; e in tale circostanza chiunque tace sembra non già acconsentire , ma dissentire dal contratto . All' opposto qualora una precedente domanda , o proposizione è tale , che ammessa da un altro produce in lui obbligazione , o danno gli reca , se egli conscio della natura , e conseguenze dell' atto non dissente espressamente , ma si tace , il silenzio suo volontario si considera come una confessione del fatto , e come un positivo consentimento all' obbligazione del contratto . Immaginiamo , che io alla presenza di un terzo , il quale mi ode , e ben comprende la forza del mio dire , lo assegni per mallevadore d' un debito mio al creditore , e interrogato , se lo vuol essere , nulla risponda , nè in altra guisa si mostri dissenziente : egli contragge l' obbligo della fidejussione , ed acconsente al contratto . Immaginiamo , che sia uno interrogato giuridicamente , se erede sia , o nò , e ch' ei non risponda ; il di lui silenzio sarà sempre a suo disavvantaggio interpretato , e si giudicherà aver lui acconsentito o di soggiacere ai pesi dell' eredità , o di aver ceduto ogni diritto sopra di essa (1) . Così una figlia , a cui il padre propone gli sponsali con uno senza violenza , e senza minaccie , se non dissente apertamente , e ripugna , ella ha prestato sufficiente consenso all' obbligazione del contratto , dice la legge (2) : ed una autorità superiore all' umana c' insegna (3) , che se una donna viven-

(1) *Leg.* 11. §. 4. 7. *D. de interr. in jur. faciend. Leg.* 18. *D. de probat.*

(2) *Leg.* 12. *D. de sponsal.*

(3) *Num. Cap.* 30. *vers.* 4.

te ancora in casa paterna, e costituita in età fanciullesca, e nubile, avrà fatto voto, e giurata l'osservanza di una qualche cosa, e se il di lui padre avrà avuto notizia di codesto voto, e giuramento, ed avrà sopra di questo taciuto; la figlia resterà obbligata, nè il padre potrà più far uso del suo diritto per irritarne l'obbligazione.

§. V.

Per dare un vero consenso o tacito, o espresso, tre cose inseparabilmente, e necessariamente richiedonsi: potenza fisica d'acconsentire; potenza morale d'acconsentire; ed uso libero, e determinato di queste due potenze per acconsentire.

Ogni consentimento è un atto di volontà, la quale tra le varie idee, che l'intelletto le rappresenta, scieglie l'una piuttosto, che l'altra. L'atto dunque dell'intelletto dee necessariamente precedere la determinazione della volontà negli esseri ragionevoli; e in conseguenza un uomo, a cui l'uso manchi dell'intelletto per discernere, e paragonare gli oggetti, fra quali debbe sceglierere la volontà, sarà fisicamente incapace di prestare consenso. Le conseguenze di questo principio sono e feconde, e facili da ricavarsi. I furiosi, i mentecatti, i fanciulli incapaci di distinguere, e di paragonare le idee, e di comprendere gli effetti d'un'azione, sono incapaci di consenso, e perciò incapaci di fare alcun contratto.

Ma diasi, che abbia forza di acconsentire quella persona, la quale o promette, o patteggia, o contratta, che e per l'età sua, e per l'estensione delle sue cognizioni, e per la regolare costitu-

-1865. Cod. Civ. Univers.

tuzione degli organi del suo cervello uso far possa del suo intelletto, e dirigere la sua volontà nel prestare il consenso. Tutto questo però non basta per render valida, ed efficace l'obbligazione d'un contratto, se avendo in me forze fisiche per consentire, non ho insieme una morale facoltà di applicarle a dare il consentimento. Ora due cose ci tolgono il poter consentire; l'impossibilità di effettuare ciò, di che si è convenuto, e la violazione inevitabile di un più sacro preponderante dovere, se si effettuasse ciò, di che si è convenuto. Mettiamo in tutto il loro lume e l'una, e l'altra di queste due proposizioni.

Promettere, o esigere da altri ciò, che sorpassa le forze nostre, o di altrui, è un indizio di follia troppo aperta; e per quanto ci sembri, che pieno, e determinato sia il consenso, che si presta, come però il soggetto del contratto eccede le nostre facoltà, così dal consenso prestato nessuna obbligazione è prodotta, giacchè all'impossibile nessuno è tenuto. Questo detto è in bocca di tutti; molte volte però viene male applicato, e serve di falso pretesto per velare, e nascondere l'ingiustizia di parecchi, che sotto specie dell'impossibilità esentar si vorrebbero dai più precisi, e stringenti doveri. Dobbiamo dunque determinarne il vero senso, e rettificarne le applicazioni. L'impossibilità d'una cosa presa per materia d'una qualche convenzione, e promessa, alle volte è assoluta, alle volte è relativa. Assoluta sarà, quando ella supera le forze di qualunque uomo in qualunque caso, e circostanza: relativa, quando diviene superiore alle forze non già di tutti, ma di quello soltanto, che acconsentì di dar-

cela, o di farcela. L'assoluta poi o è tale, che risulta agli occhj di tutti gli uomini da per se stessa senza abbisognare o di lunga serie di raziocinj, o di reiterate esperienze per riconoscerla; ovvero è tale, che può essere scoperta soltanto da chi ha ingegno penetrante, e addottrinato abbastanza per non lasciarsi sedurre dai pregiudicj del volgo, appresso il quale è creduta talvolta possibile una cosa ripugnante in se stessa, e niente affatto esistente, e reale. Ora se si mette in contratto l'effettuazione di una cosa manifestamente, ed assolutamente impossibile, è fuori di dubbio, che la convenzione è inutile, che nessuna obbligazione è prodotta, e che s'intenderebbero d'avere scherzato piuttosto, che seriamente patteggiato coloro, che convenuti si fossero di esaurire l'acqua del mare, di volare per l'aria, o di simili altre cose, che l'uomo il più zotico riconosce impossibili alla nostra natura. Ma se la cosa è bensì in se stessa impossibile, non però riconosciuta per tale da uno de' contraenti, sarà ben vero, che non potrà esser l'altro tenuto all' effettuazione della medesima, ma sarà giusto del pari, ch'egli risarcisca i danni tutti, che può avere sofferto chi raffiguravasi una cosa possibile, e fu lasciato appostatamente in errore. Quanti ve n'hanno, che credono veramente possibile la trasmutazione de' metalli, e la pietra filosofale, sebbene tutte le ragioni d'una buona fisica ci convincano dell'opposto? Fate, che un Alchimista, che un qualche fratello della Rosa d'oro s'abbatta in un credulo di simil fatta, che gli prometta l'effetto della grand'opera, che per ottenerlo l' induca ad esborso, ed a spese, e che povero lo

renda

renda colla speranza di farlo ricco. Io crederei, che costui abusarsi non debba a man salva della semplicità d'un ignorante, e che l'impossibilità del fine del contratto non lo esenti dall'obbligazione di compensare i danni tutti cagionati per esso.

Riguardo all'impossibilità relativa a certe persone soltanto, e occasionata da certe circostanze, fa di mestieri porre differenza fra convenzioni gratuite, e convenzioni onerose. Le convenzioni gratuite quelle essendo, nelle quali si tratta del semplice vantaggio d'una parte col discapito non compensato dell'altra, se ciò, che ho promesso di buona fede, mi si rende poscia mercè d'un qualche impreveduto accidente, e a colpa mia non imputabile, impossibile ad effettuarsi: sarebbe un' indiscretezza l'esigere l'adempimento d'un patto, che seco porta la condizione, se le cose rimangono sul piede, in cui sono al presente. Abbiamo un esempio di questa dottrina in coloro, i quali promisero di comparire in giudizio per compiacere ad altri, o per terminare una lite, o per rendere testimonianza del vero. Essendo che dice Ulpiano (1): Sarebbe un'ingiusta pretesa il volere, che mantenuta fosse una tale promessa o da chi fu trattenuto per esercitare i doveri della carica, che sostenta, o da chi restò sorpreso da una malattia, o da pioggia dirotta, o da ingrossamento di fiumi, che varcare doveansi, o da simili altre sopravvenute ragioni senza malizia, e frode del promittente.

Nelle convenzioni, le quali sono reciprocamen-

 te

(1) *Leg.* 49. *D. de pact.*

te interessate, conviene por mente, se da una delle parti sia ancora, o non sia adempito il contratto; e se la cosa, sopra di cui il contratto raggiravasi, era impossibile da prestarsi nel medesimo tempo, che stipulossi la convenzione, oppure se dopo soltanto si rese impossibile. Imperciocchè, se al tempo stesso del contratto era impossibile la cosa, senza che io lo sapessi, e nemmeno sospettarlo potessi, il contratto svanisce da per se, per diffetto della materia, e nulla può l'altro contraente pretendere, giacchè nulla egli pure prestommi dal canto suo. Se io patteggiassi d'affittare una casa, che ho di mia ragione in altra lontana città, e questa fatalmente fosse nel tempo della stipulazione del contratto o consunta per un qualche incendio, o diroccata per un qualche tremuoto; qual ragione ci sarebbe di pretendere l'adempimento d'una convenzione, l'oggetto della quale non esisteva più nel tempo medesimo, che le parti prestavano il loro assenso, specialmente poi non soffrendone danno alcuno il locatario, il quale nulla ancora mi diede del suo? Che se poi l'impossibilità sopravviene al contratto, e questo fu già adempito dall'altro contraente; nella supposizione, che codesta impossibilità ascriversi a colpa non possa nè dell'una, nè dell' altra parte, egli è giusto, che restituiscasi quanto fu ricevuto, e ripongansi le cose in quello stato, come se convenzione alcuna seguita non fosse.

§. VI.

L'impossibilità morale nasce dall'inapplicabilità delle forze naturali della nostra volontà a presta-

re

re il consenso. E' in poter nostro lo scegliere tra l'agire, e il non agire; lo scegliere tra azioni diverse: codesta attività Dio ce l'ha data; e questa proprietà essenziale dell'esser nostro è il fondamento del merito, e demerito, della virtù, e del vizio. Ma appunto per dirigere codesta attività sono necessarie le leggi, le quali prescrivano, quali siano le azioni, alle quali determinarci dobbiamo, e aggiungano motivi, in vista dei quali determinare ci possiamo, se vogliamo ragionevolmente operare. Le leggi non ci spogliano del poter assentire, o dissentire; ma illuminano la ragione, onde sappiamo, quando assentire, e quando dissentire si debba: ci divietano molte azioni; ce le rappresentano, come sconvenevoli, ripugnanti alle nostre perfezioni, producitrici in noi d'imperfezione, e di male, e quinci come tali, alle quali non può un essere ragionevole, e sociale abbandonarsi senza mancare a se stesso. Posto dunque, che un Legislatore ci divieti certe cose, ne segue, che non è più in poter nostro di applicare le forze naturali nostre a farle, e nemmeno a desiderarle, e volerle: e posto, che ad onta dell'autorità del Legislatore, noi le abbiamo o promesse, o pattuite, ne segue, che non siamo obbligati per questo ad effettuarle, ed eseguirle. Sarebbe infatti una contraddizione il supporre, che rimanessimo obbligati validamente, cioè a dire in virtù della legge a far un'azione, che ci proibisce la medesima legge. Promettere una cosa illecita, e contro l'autorità delle leggi, egli è un peccato: adempire un patto, o una promessa illecita, e contro l'autorità della legge, è un aggravare il primo con nuo-

vo, e maggiore peccato. I saggi Romani riconobbero una verità così luminosa, ed importante, e perciò dicevano (1): Essere indubitabile principio di Giurisprudenza, che privi sono di ogni valore, ed effetto i patti tutti contrarj alle leggi pubbliche, ed alle costituzioni de' Sovrani, e nocivi all'onestà, e rettitudine dei costumi.

Quantunque però vero sia generalmente, ed in astratto, che le convenzioni, le quali hanno per oggetto una materia illecita, o divietata, sono da per se inutili, e senza effetto di obbligazione: dissimular non si può, che questo punto di dottrina applicato ai casi particolari non si renda estremamente difficile, e controverso; e ardisco dire, esser questa una delle più inviluppate non meno, che delle più importanti questioni, che incontrinsi nella scienza del diritto o naturale, o positivo. La ragione di tanta incertezza, ed oscurità ripeterla dobbiamo, se mal non mi appongo, dalla troppo vaga generalità dei principj, che stabilisconsi, i quali poi male addattandosi alle diverse circostanze de' casi particolari, portano naturalmente il nostro intelletto a dubitare della verità, e della sufficienza delle regole, e degli assiomi, i quali si avvanzano sopra tale proposito. Procuriamo di renderla chiara col fissare regole le più determinate, e precise.

Supposto dunque, che una convenzione, o contratto possa essere reso nullo, e privato di ogni effetto d'obbligazione, perchè la cosa, che ne costituisce la materia, è illecita, e riprovata: io dico, che una tale nullità può essere cagionata da

(1) *Leg. 6. Cod. de pact. Leg. 28. D. de condit. institut.*

da doppio diverso principio. Imperciocchè o la materia d'un contratto è vietata dal diritto di natura, ai precetti del quale direttamente si oppone; oppure è vietata soltanto dal diritto positivo, e civile, il quale rese illecita per buone ragioni una cosa, che considerata in se medesima, e indipendentemente dalle convenienze d'una determinata società, esser può innocente, ed onesta. Ora diversi sono i principj, coi quali giudicare dobbiamo dell'invalidità di un contratto, in cui si assentì ad una cosa vietata dalle leggi naturali; e diversi quelli, di cui dobbiamo servirci relativamente ad un contratto reso invalido, ed inefficace per sola disposizione delle leggi civili.

§. VII.

Stabiliamo dunque preventivamente alle altre la seguente proposizione. I. Se in un contratto, che ha per soggetto una cosa innocente in se stessa, e che si è celebrato con tutte quelle formalità, le quali sono necessarie per la sua esistenza, accadesse, che l'uno, o l'altro, o ambedue i contraenti si proponessero fini illeciti, e indegni; oppure, che un tale contratto portasse delle conseguenze illecite, e viziose per abuso delle parti contraenti, e non già determinate necessariamente dalla natura particolare della convenzione medesima; oppure finalmente, che accompagnato fosse da una qualche esteriore, ed accidentaria circostanza contraria alla virtù: l'ingiustizia dei motivi, e dei fini, l'inconvenienza degli effetti possibili, la turpitudine delle circostanze accidentali, non rendono illecito, e invalido un contratto,

tratto, la materia del quale è per se medesima innocente, e permessa. La ragione di questa asserzione è evidente. Imperciocchè il naturale necessario effetto di qualunque convenzione è la necessità morale di fare ciò, che ricercasi per dare l'esistenza ad una convenzione, vale a dire, ciò, di che si è convenuto. Nella supposizione dunque, che si abbia fatto tutto ciò, che ricercasi per dar l'esistenza ad una convenzione, se l'effetto di questa, cioè l'obbligazione di effettuarla, potesse esser tolta, o impedita, dovrebbe unicamente esser tolta, ed impedita, mercè della natura stessa del contratto, la materia del quale illecita fosse, e riprovata, e non già in virtù di qualche modificazione accidentale, ed estrinseca, quali sono i fini particolari, ed i motivi dei contraenti, e gli abusi possibili delle cose: altrimenti non ci sarebbe convenzione alcuna, la quale non potesse annullarsi, se bastassero le intenzioni, e i fini malvagi degli uomini, per rescindere gli atti.

II. Se si patteggiò di fare una qualche cosa illecita in se stessa, e contraria alla ragione, e all'onestà; nè l'uno, nè l'altro de' contraenti è tenuto all'osservanza del patto, nè può giustamente pretendere, che la cosa sia eseguita, tanto se mercede alcuna fu data a questo fine, quanto se nulla fu dato. Perchè siamo tenuti all'adempimento di un patto, bisogna supporre, che vi abbiamo potuto acconsentire. Ora il diritto di natura ci toglie il poter consentire ad azioni, che esso riprova. Bisogna supporre del pari, che si abbia veramente, e liberamente acconsentito. Ora nell'ipotesi, che uno si penta di avere o domandata,

data, o promessa un'azione, perchè opposta ai suoi indispensabili doveri, ed alla sua ragionevolezza; ei palesemente dimostra di avere acconsentito senza la previa cognizione dell'affare, e in conseguenza senza una piena libertà. La mancanza dunque di vero consenso, l'inapplicabilità delle forze della nostra volontà ad acconsentire a simili azioni, come impedisce nell'uno la produzione di qualunque necessità morale di eseguirle, così impedisce nell'altro la produzione di qualunque diritto per esigerle. Le leggi Romane riconoscono, e rendono autentica la verità di questi principj. Noi sappiamo, dice Ulpiano (1), che le stipulazioni sopra cose turpi e viziose non sono di alcun momento, come sarebbe, se uno promettesse di commettere un sacrilegio, o un omicidio.

III. Se uno dei contraenti effettuò l'azione illecita, per far la quale gli fu mercede, e pagamento promesso, l'altro non può essere obbligato a corrisponderli il patuito salario. Infatti suppongasi, che l'esecutore sia in diritto di domandare la ricompensa d'un'azione criminosa; d'onde nasce in lui codesto diritto? Certamente nascerebbe in forza della convenzione seguita: ma codesta convenzione è nulla per legge di natura; dunque non può allegare diritto alcuno, che sia in se trasfuso per essa. Se dovuto fosse il premio ad un'azione scelerata; la legge di natura, che divieta l'azione, e che ne irrita il patto, sarebbe troppo apertamente contradditoria a se stessa, qualunque volta accordasse diritto di pretendere ricom-

(1) *Leg. 38. D. de inut. stipulat.*

ricompensa a colui, che peccò promettendo, e che mise il colmo alla sceleraggine, eseguendo ciò, che promise.

Ugone Grozio è di contrario parere. Merita bene la riputazione di questo grand' uomo, che si esponga il suo sentimento. Nelle promesse, dice egli, che versano sopra un atto vizioso, vi regna un difetto, che ne vieta l' osservanza sino a tanto, che il delitto è commesso; ma eseguito già questo, il difetto è sanato; l' obbligazione sospesa dianzi, rivive, e produce tutta la sua forza; ella intanto rimaneva inoperosa, in quanto serviva di stimolo, ed incitamento ad altri per violare la legge. Ma se questa è già violata, come non è cosa illecita in se medesima il dare o soldo, o gioje, o altre materie, perchè non dovrannosi dare, se si è promesso anteriormente di darle? Tamarre domandò la ricompensa di una sua criminosa condiscendenza a Giuda; ei la promise, e si credette tenuto a mantenerla. La condotta di Giuda sembra approvata da ciò, che scrissero Labeone, e Marcello nelle leggi Romane (1): Quello, che si dà ad una meretrice, non si può poscia ripetere: „ La meretrice „ opera bene turpemente, accordando ad altri l' „ uso del corpo suo; ma ingiustamente non ope- „ ra, ricevendo quel tanto, che altri le dà per „ l' uso, che accorda del proprio suo corpo. "

§. VII.

1) *L.* 38. *D. de cond. ob turp. caus.*

§. VIII.

Non basta, che l'uomo abbia fisica forza di acconsentire; non basta, che il soggetto sia tale, a cui possa acconsentire, bisogna di più, che abbia realmente acconsentito, affinchè sia in obbligazione di soddisfare al contratto. L'atto del consentimento suppone sempre due cose: una sufficiente cognizione dell'azione, che si fa, ed una libera elezione di farlo. Togliete la cognizione dell'intelletto; togliete la scelta della volontà: non ci è più consenso, e in conseguenza non ci è più contratto. Ora l'inganno, l'errore, ed il timore, come quelli, che ci tolgono la cognizione dell'intelletto, nè lasciano libera la volontà alla scelta, sono quelli eziandio, che impediscono il nostro acconsentimento. Per conseguenza tolgono la validità, e l'obbligazione al contratto. La teoria riguardo a questi tre capi è di estrema importanza, atteso il di lei uso frequente.

Quell'inganno, di cui quì particolarmente ragionasi, si chiama *Dolo* nel linguaggio de' Giureconsulti. Essi in buono, ed innocente, in cattivo, ed ingiusto il dividono, e danno il nome di buono a quell'attività, e destrezza di spirito, mercè di cui arriviamo a sorprendere alcun altro, al quale o abbiamo diritto di nuocere, o che vogliamo condurre a far cosa di suo vantaggio, senza ch'ei se ne accorga, servendoci a questo fine, in se medesimo lecito, di mezzi lontani, e che apparentemente sembrano condurre ad un fine interamente diverso dal divisato. Gli stratagemmi de' gran Capitani ingannano i nimici; fanno

fanno lor credere, che si tenti una cosa, mentre se ne vuole una contraria; i movimenti, le marchie, gli appostamenti delle truppe li seducono, e veggono un effetto nocivo a se stessi da disposizioni, e da apparenze, che tutt'altro indicavano. A nimici pubblici dichiarati il diritto di guerra ci rende lecito di cagionare ogni danno, che tenda ad indebolirli, e a ridurli al dovere, quando i mezzi non sieno assolutamente indegni, e scellerati. Nascondere il suo vero fine sotto apparenze, che il nimico può interpretare a suo talento, e che in se stesse sono permesse, non è un mezzo, che offenda i diritti dell'umanità, ma una destrezza, e perspicacia d' ingegno regolato dalla prudenza. Sarebbe questo dunque un dolo buono, ed universalmente definirlo possiamo: Una simulazione di volontà adoperata per ottenere un fine non illecito con mezzi indifferenti in se.

Ma all'opposto dolo cattivo sarà, come ce lo descrive Zabeone (1), qualunque astuzia, qualunque infingimento, qualunque frode posta in opera, per attrappare un altro, e per ridurlo a fare, o non fare una cosa con danno suo, e con vantaggio, o piacere nostro. Secondo le nozioni, che ci vengono date in questa descrizione, si vede, che il dolo si commette da una delle parti contraenti con piena avvertenza, e deliberazione: che nel dolo i mezzi, che si usano per estorquere il consentimento da un altro, sono sempre illeciti, e contrarj alla verità: che il fine, per cui si usa la frode, essendo il vantaggio nostro pro-

(1) *L. 1. §. 2. D. de dol. mal.*

procacciato col danno altrui, ed una sproporzione eccedente nel contratto; il dolo è sempre un' azione ripugnante al diritto di natura, il quale esige la buona fede, la lealtà, e la proporzione nelle convenzioni, e nel commercio della vita. Che se volessimo una nozione più distinta, più generale, e più filosofica del dolo, dirlo potremmo un difetto di rettitudine nelle azioni, proveniente non già dalla mancanza di cognizione nell' intelletto, ma dalla determinazione della volontà a procurare il danno di un terzo.

Le varie maniere, colle quali possiamo volere l'altrui ingiusta lesione, formano le varie specie di dolo, che si distinguono nelle scuole, e che importa sapere. Essendovi nel dolo mai sempre difetto di rettitudine, e questo dipendente dalla volontà, la quale con piena avvertenza, e cognizione si determina alla lesione di un altro; codesta lesione può cagionarsi tanto col determinarsi a dire, o fare certe cose, le quali danno luogo a chi tratta, e patteggia seco noi, di credere a suo disavvantaggio ciò, che realmente non è: tanto col determinarsi all' ommissione di dire, o di fare certe cose, che anno un rapporto essenziale al contratto, onde indotto il contraente in errore, ci dà, o ci fa a vantaggio nostro ciò, che in puro suo danno ridonda. Nel primo caso il dolo dicesi positivo; dicesi negativo nel secondo: ma e nell'uno, e nell'altro il dire, o il tacere fa deviare l'azione dalla giustizia, e rettitudine per vizio della nostra volontà, che si determina a darle l'esistenza ad onta del lume dell' intelletto. Io veggio esposta alla vendita una pietra da me creduta preziosa, mentre in realtà tale

non

non è; e il venditore per tale me la fa riputare, mettendomi in vista, ed esaltando per ingannarmi quelle false seduttrici apparenze, che ha la merce esposta alla vendita. In questa ipotesi il dolo dicesi positivo, perchè risultante dalla persuasione in me prodotta dalle parole del venditore, in conseguenza delle quali prendo per una gioja ciò, che non è veramente una gioja. Ma se io per errore prendessi una pietra per un diamante; offerissi per comperarla un prezzo, qual si conviene ad un diamante; se il venditore non m'inducesse egli in questo errore, ma si tacesse, nè me ne rendesse avvertito, e ricevesse il prezzo proporzionato al pregio da me nella merce supposto: motivo del mio inganno sarebbe la di lui dissimulazione, o la sua non-azione in circostanze, in cui l'equità naturale gli fa conoscere, che debbe istruirmi dell'essere, e della natura della cosa, che voglio acquistar per contratto: In quest'ipotesi la frode è negativa. Di più la frode, la quale interviene in una convenzione può essere o antecedente, e dante causa al contratto; ovvero concomitante soltanto, e tale, che non presta la ragion sufficiente all'esistenza del contratto. Noi nel fare un contratto ci proponiamo l'acquisto d'un determinato oggetto, cosicchè se esso quello non è, che abbiamo in mira di acquistare, non saremmo assolutamente per mercantarlo. Ci proponiamo altresì di acquistarcelo dotato delle tali e tali qualità, che desideriamo di rinvenirvi, che ne accrescono il pregio, e la bellezza, ma che però, quand'anche non si trovassero nella merce, non ne cangiano la natura, benchè ne scemino il valore, e perciò tali, che

non

non ci avrebbe il loro difetto distolti dall' ultimare il contratto, perchè non renderebbe questo difetto incapace la cosa di prestarci l'uso, ed il servigio, che ritrarre vogliamo da essa. Ricercasi la tale donzella in matrimonio. Come il fine naturale di questo contratto è la procreazione de' figli; l'identità della persona, e l'organizzazione in lei atta al congiungimento carnale, sono le qualità essenziali a questo contratto; e il difetto di queste, come sarebbe, se *Lia* mi si sostituisse in luogo della richiesta *Rachele*, o se mi si desse una donna fisicamente incapace della consumazione del matrimonio, sarebbe questo un dolo antecedente, perchè mi si sarebbero fatte fraudolentemente supporre in essa proprietà, le quali mi diversificano l'oggetto del mio volere, e me lo rendono inabile al fine diretto, e naturale del contratto. Ma se io mi imaginassi, che fosse ella bella, mentre non lo è, e se anche venissi lasciato in questa opinione appostatamente dai di lei parenti, o la sposassi persuaso di trovare queste qualità nell' oggetto; comecchè nessuna di queste è essenziale al fine del matrimonio: così l'inganno, relativamente ad esse usatomi, sarebbe un dolo concomitante, o accidentale.

Finalmente codeste qualità, che essenziali non sono alla materia del contratto, o possono dall' uno de' contraenti desiderarsi soltanto, senza che espressamente dichiarisi di assolutamente volerle, come condizioni, senza delle quali egli non sarebbe per prestare il consenso; oppure vengono chiaramente, ed individualmente determinate, e ridotte in condizione, non verificata la quale,

sospendesi l'assentimento, e intendesi di non volere celebrare il contratto.

Supposte queste distinzioni, ecco gli assiomi, secondo i quali debbono definirsi le questioni emergenti in questa materia.

I. Se nè l'una, nè l'altra delle parti contraenti si rende rea d'inganno, ma un terzo è quegli, il quale indusse con frode una delle parti al contratto, il contratto deve essere osservato, ed adempito, ogni qualvolta però codesto dolo di un terzo, non abbia relazione necessaria colla sostanza medesima della convenzione. La ragione di questo assioma è da per se stessa evidente. Imperciocchè secondo l'ipotesi supposta, la causa efficiente del dolo, non sono già i contraenti, i quali anzi si suppongono di aver operato con buona fede; e nell'istesso tempo codesto inganno da una terza persona macchinato, e composto, secondo l'ipotesi, parimenti non influisce necessariamente nel contratto medesimo. Ora egli è certo, che un contratto celebrato con buona fede da ambedue i contraenti, ed in cui l'inganno framischiatovi da un'esterna cagione, non ne influisce sulla sostanza; deve essere puntualmente osservato, ed adempito. Dunque nell'ipotesi, che abbia un terzo ingannato i contraenti, la convenzione stipulata fra essi deve essere osservata, ed adempita; se pure questo inganno non abbia influito sulla sostanza della medesima. Mi si fa falsamente intendere da un avido sensale, che sono periti i miei cavalli di uso. Supposta questa perdita, la notizia della quale mi è artifiziosamente infinta, io mi dichiaro di voler comperare degli altri cavalli per sostituirli in luogo di

quel-

quelli, che già considero, come perduti. Formo il contratto con questa dichiarazione: convengo indentificamente delle bestie, convengo del prezzo. Fatto il contratto vengo a rilevare, che sono pieni di vita i miei primieri cavalli. E chi non vede, che in questo caso, e per quello, che io stesso espresso mi sono, la falsa nuova, che supposta mi venne, fu l'unica sufficiente determinatrice ragione della nuova compra, che feci, e che in conseguenza l'assenso da me prestato fu un assenso ipoteticamente prestato? Dunque questo assenso non ha più luogo subito, che verificasi non essere vero ciò, supposta la verità di cui dichiarato mi sono di fare il contratto.

II. Se l' inganno ingiusto di un terzo è la cagione del danno, che risente o l'una, o l'altra delle parti contraenti; elleno non anno azione di chiederne l'indennizzazione vicendevolmente a se stesse; ma anno diritto di domandare l'intero risarcimento e del lucro cessante, e del danno emergente da colui, il quale fu l' architetto, e il fabbricatore dell'inganno.

III. Se dell' inganno, il qual presta cagione della celebrazione del contratto, architetto, e fabbricatore si è l'uno, o l'altro de' contraenti; e questo inganno ha relazione diretta sopra la sostanza, e la materia del contratto medesimo, la convenzione per se stessa si annulla, e rimane senza effetto di obbligazione veruna dal canto della parte, che rimansi ingannata; se non che la parte ingannatrice resta tenuta alla compensazione di tutti i danni, e detrimenti, che può avere sofferti la parte ingannata. E se anche l'inganno versasse sopra le qualità accidentali al con-

tratto, come sarebbe, se s' ingannasse il contraente o nel grado di bontà della merce, o nella quantità del prezzo proporzionato alla medesima, comecchè l' inganno, e la frode per espressione delle leggi non devono servire di patrocinio a veruno, la parte ingannata, e danneggiata è in diritto di domandare la compensazione, e un giusto risarcimento alla parte ingannatrice, o se questa compensazione le viene negata, ella ha azione giuridica di domandare la rescissione di tutto intero il contratto.

IV. Qualunque si sia la qualità, la quale desiderasi nella materia del contratto, quand' anche ella fosse accidentale, quand' anche ella fosse indifferente, nè aggiungesse o pregio, o merito alcuno alla cosa, ogniqualvolta ella è dedotta in condizione, e per frode dell' altro contraente venisse ella a mancare nel soggetto di qualsivoglia contratto; rimane annullato il contratto isso fatto, non tanto in punizione della frode, quanto per difetto della condizione, dall' esistenza, e verificazione della quale dipende la prestazione del consenso.

§. IX.

Siccome l' inganno consiste nel difetto di rettitudine della volontà, la quale discorda dalle nozioni dell' intelletto; e siccome l' ignoranza è riposta nell' assenza totale delle idee, che aver si possono, e aver si debbono d' un qualche soggetto, l' errore suppone una qualche nozione della mente, e suppone un atto di volontà corrispondente, ed analogo a questa nozione; ma suppone

ne altresì, che l'idea, che noi ci formiamo d'una cosa non le corrisponda perfettamente, e che se in conseguenza vogliamo, determinando l'atto del nostro volere per illusione d'un falso antecedente da noi sconosciuto, o sia d'un'idea, che non corrisponde al soggetto, il quale desideriamo. Ogni qualvolta avvi inganno in un contratto, avvi errore eziandio, essendo mai sempre la frode d'uno de' contraenti la cagione dell' errore in un altro: ma non reciprocansi però le due proposizioni, e molte volte addiviene, che errore vi sia, senza che c'intervenga frode di sorte; potendosi non di rado avverare, ch'io mi determini alla celebrazione d'un qualche contratto prendendo una cosa in iscambio di un'altra, o considerando una cosa come pregievole assai più, e assai più bella di quello, che realmente ella sia, senza che per questo la persona, con cui patteggio a questo errore mi porti coll'inganno suo o positivo, o negativo. Ecco perciò le regole di giustizia, le quali osservare si deggiono, qualunque volta un errore fu la causa determinante del nostro contratto.

I. Qualunque volta l'errore non prodotto da inganno d'una delle parti presta cagione al contratto, o s'aggira sopra la materia del medesimo; la mancanza del consenso rende nullo, ed inefficace il contratto. Oltre che la ragione naturale necessariamente a questa conseguenza ci porta, non potendo esservi convenzione, ove non vi è consenso, nè potendovi esser consenso, ove l'errore affetta la sostanza medesima del contratto: le leggi Romane sono troppo aperte, e irrefragabili in questo proposito. Nella specie, che creden-

dendo io di comperare un baccino d'argento per errore ho mercantato d'un baccino di stagno, il quale inavvedutamente fu stimato d'argento anche dal venditore medesimo, domandato Paulo della validità di questo contratto (1), rispose, non competere azione veruna in virtù di questo accordo per motivo dell'errore, che v'intervenne, e che quella parte, la quale formasse pretesa in conseguenza di questa qualunque siasi convenzione, potrebbe essere rigettata coll'eccezione di *Dolo malo*. II. Dalla proposizione antecedente ne nasce un lemma necessario, ed è: se l'errore è incidente nel contratto, e tale, che avrebbe determinato il contraente a minorare bensì il prezzo della merce, attesa la mancanza di qualche buona qualità in essa contemplata, e desiderata, ma però distolto non lo avrebbe da farne l'acquisto; la convenzione sussiste, e si ha azione soltanto per la compensazione del danno, e per pareggiare il contratto.

§. X.

Come l'inganno, e l'errore tolgono assolutamente il consenso, ed impediscono l'atto della volontà; il timore altresì, come quello, che se non toglie affatto, scema almeno, e indebolisce l'esercizio del nostro libero arbitrio, può prestare, e presta in molti casi realmente ragionevole sufficiente motivo per disciogliere, o per impedire l'esistenza d'un qualunque contratto. Toccheremo quì alla sfuggita certe preliminari nozioni, le

(1) *L.* 41. *D. de action. empt. & vend.*

le quali necessarie si rendono per l' intelligenza di questa dottrina. La rappresentanza d'un male, concepito da noi come grave, e dipendente da un atto, cosicchè a noi inevitabite questo male divenga nell'ipotesi, che non commettiamo una qualche azione; dicesi nelle Scuole legali *Timore*. Il nostro spirito agitato, e sconvolto dall' apprensione d'un male, che si raffigura imminente, si determina a fare, o non fare una qualche cosa, alla quale certamente determinato non si sarebbe, se non avesse con maggiore energia operato sopra di lui l'idea d'un'imperfezione, la quale è per succedere al nostro individuo, supposto che da noi non si faccia quello, che per altro avremmo sfuggito di fare. Ogni qualvolta dunque si opera per timore, si opera con elezione: ogni qualvolta si opera con elezione, avvi esercizio di volontà; e perciò rettamente le azioni sforzate dalla paura vengono dette nelle scuole dell' Etica *Voluntariæ simpliciter*, *involuntariæ secundum quid*. Ma non puossi negare per altro, che codesta classe di azioni non sieno tali, in cui impedito non ci venga l'uso libero, e spedito della naturale nostra libertà: e nello stato di civil Società, nel quale ciascun individuo cittadino vivente sotto l'ombra delle leggi, e sotto la protezione de' Magistrati, dee godere d'una pienissima libertà d'indifferenza di fare, o non fare tutte quelle cose, che dalle leggi gli vengono permesse; tanto più il timore, col quale resta sorpreso, e dal quale viene sforzato ad operare, diviene contrario all' equità, e lesivo della libertà d'un uomo cittadino in quanto, che più apertamente, e più ingiustamente chiunque usa violenza, e soperchie-

 ria,

ria, viene a violare i diritti della società, e l' eguaglianza civile.

Il timore però ha i suoi gradi; non agisce colla stessa energia, nè fa l' istessa impressione secondo che o sono diversi i mali, che vengono minacciati, o è diversa la tempra dello spirito, e la forza del coraggio di quelli, i quali sono minacciati. Ciò, ch'è soggetto di giusto spavento per un'imbelle femminetta, per un giovinetto inesperto, o per un uomo di fibra gentile, e dilicata, diviene o soggetto di risa, o cosa indifferente, e leggiera per un maschio, per un uomo assennato, e maturo, per uno di professione soldato avvezzo alle fatiche, ai perigli, ed al sangue. Prima però di definire se sia stata o nò tolta la libertà richiesta in un contratto in forza d'un vantato, ed allegato timore, bisogna osservare, e certificarsi dell'intensione, e della natura del timore medesimo, e distinguere, se sia grave, ed atto in se stesso a colpire la fantasia d' un uomo di spirito, oppure se sia leggiero, e non capace per se di far impressione sul cuore d' un uomo di coraggio proporzionato all'età, alla condizione, ed al sesso della persona, che dicesi minacciata, e impaurita. Bisogna osservare in secondo luogo, se la cagione producitrice del timore sia una cagione interna, e necessaria, ovvero esterna, e libera. Se uno in qualche burrasca, o in occasione di subitaneo orribile temporale, conscio a se stesso d' una troppo licenziosa pratica, ed atterrito dalla paura di una morte vicina, e lacerato dai rimorsi della sinderesi, si determinasse a sposare una donna, illecitamente amata: il principio del timore, che lo fa operare consi-

ste in questo caso, in un agente a lui esterno, e che opera in conformità delle leggi di azione, e di reazione, e del moto, prescritte dalla natura; come all' opposto se un qualcheduno promettesse una cosa, o acconsentisse ad una permuta, o ad una vendita per evitare il pericolo di esporsi al risentimento d'un grande, che lo minaccia o di morte, o d'una implacabile persecuzione; la sorgente del suo timore ascriversi dovrebbe ad un agente estrinseco a lui, e libero nelle sue operazioni.

Supposto ancora, che eccitato ci venga timore d'incorrere in un male grave, e considerabile da una cagione ed estrinseca, e libera; bisogna in terzo luogo avvertire, se chi c'ingenera paura nell' animo, usi d'un'autorità legittima, e de' modi, e delle forme dalle leggi prescritte; o se non abbia potere alcuno di giurisdizione; ovvero se anche di questa essendo investito, ecceda però i confini, e violi i metodi, e le forme, colle quali, e non altrimenti, debbe esercitare a pubblico nome la sua autorità. Un Principe Sovrano per motivi superiori del bene universale dello Stato, comanda ai privati di vendere, e di alienare le loro proprietà, e aggiunge pene di bando, di carcerazione, o di morte ai ricredenti. Il timore d'incorrere nella pena fulminata diviene la determinatrice ragione delle alienazioni, che fanno i particolari; e in conseguenza l' atto libero della volontà del Sovrano è la cagione producitrice del timore. Se un Magistrato minacciasse di carcere uno, il quale ricusasse di ammogliarsi con una donzella, da esso lui sotto lusinga di matrimonio ingannata, e sedotta; rispetteb-

rebbesi bensì nella persona del Magistrato la pubblica autorità, di cui egli è investito; ma l'uso, che ne farebbe, saria illecito, ed opposto alle leggi, le quali prescrivono ai Giudici di proporre ai seduttori l'alternativa o di dotare le fanciulle ingannate, o di sposarle, e di condannare alla carcere, o ad altre pene afflittive il contumace, che non volesse ubbidire, non facendo nè l'uno, nè l'altro.

Bene distinte, ed osservate queste dottrine, ecco i Canoni, secondo i quali regolarci dobbiamo per giudicare della validità, o invalidità dei contratti, alla celebrazione de' quali diede motivo l'alterazione dell' animo soprafatto da quella passione, che timore si chiama.

I. Ogni qualvolta io contraggo con una qualche persona determinata da un grave timore bensì, ma occasionato da una terza persona, colla quale non è di collusione l'altro mio contraente; la convenzione fra ambedue le parti contrattanti sussiste, e produce tutta quella obbligazione, la quale risulta dalla natura propria, e specifica del contratto. Infatti per qual ragione vorremo noi domandare, o ottenere la rescissione d'una tal convenzione? Secondo l'ipotesi, quegli, con cui stipulo l'accordo, non è reo di violenza veruna; e dall' altro canto nessuna vi manca delle proprietà necessarie per donare l'esistenza al contratto. Esso dunque ha da sussistere nel pieno suo vigore, e sopra di ciò non ritrovo varietà d'opinione fra gli scrittori.

II. Qualunque volta l' assenso nostro ad una convenzione dipende da un timore o leggero in se stesso, e relativamente alle persone, che il

pro-

provano, o pure è l'effetto della prescrizione delle leggi, all'osservanza delle quali colla minaccia di pesanti castighi, l'autorità del Magistrato ci obbliga: il contratto è sempre valido, nè il timore presta mai sufficiente ragione per non ademprilo, o per domandarne giuridicamente lo scioglimento.

III. Qualunque volta il timore è grave insieme, ed ingiusto, impresso in noi da persone, che non ne anno l'autorità, o contro la disposizione delle leggi, il contratto di sua natura rendesi inefficace, e senza obbligazione; e se il giudice lo rescinde, ed annulla, codesta rescissione, ed annullazione non è già un indizio della validità anteriore del contratto, ma una semplice dichiarazione, che il contratto stipulato per questo motivo non ebbe nè forza, nè valore giammai. E per verità l'idea di obbligazione, e di diritto sono idee correlative fra di se stesse. Se dunque supponesi, ch'io rimanga obbligato mercè d'un contratto, a cui donò la nascita un ingiusto timore; bisogna supporre necessariamente, che colui, il quale mi usò violenza per carpirmi il consenso, abbia diritto di esigere da me l'osservazione di quanto ho promesso. Ora se questo diritto a lui competesse, se questa determinazione morale a lui convenisse; in virtù di qual titolo convenir gli potrebbe? Gli converrebbe unicamente in virtù della sopraffazione, e della violenza, la quale strappommi di bocca l'assentimento al contratto. Ora la legge di natura, il principio fondamentale della società non può accordare giammai, che la violenza usata, che un ingiusto timore impresso in altri da un particola-

re,

re, che pone in uso la forza soltanto in mancanza della giustizia, gli accordi diritto di pretendere qualunque cosa da un altro: altrimenti la legge stessa di natura sarebbe in contraddizione con se medesima. Dunque l'ingiusto autore della paura non ha diritto, e in conseguenza quegli, che fu sorpreso da un ingiusto timore non contrasse l'obbligazione di soddisfare al contratto. Sono queste teorie le più generali, e le più necessarie per giudicare della realtà dell' obbligazione in qualunque o convenzione, o promessa, o patto, o contratto, che venga ad essere stipulato nell' umana società, nella quale viviamo. La semplice legge di natura non riconosce differenza veruna fra le cose, delle quali sono segni queste parole. Ella considera un essere medesimo ogni patto, ogni convenzione, ogni contratto. La sola Giurisprudenza Civile accomodando le sue idee ai differenti stati, e rapporti dell' uomo nella società, della quale egli è membro, e riconosce, ed ammette differenza specifica, e considera come enti morali diversi le convenzioni, i patti, ed i contratti. Dobbiamo determinare con esatezza il proprio significato, e la particolare nozione di questi termini.

§. XI.

L'obbligazione considerata in se stessa, e direttamente, definita l'abbiamo come una connessione del motivo coll'azione. Ci possono essere varj motivi, i quali ci determinino ad una stessa azione: vi possono essere varie leggi, le quali vi aggiungano diversi motivi. Quest' osserva-

vazione ci somministra la distinzione tra obbligazioni semplicemente naturali, tra obbligazioni semplicemente civili, e tra obbligazioni miste. Obbligazioni naturali son quelle, le quali risultano dalla connessione d'un motivo all'azione; connessione ordinata, e voluta dalla sola semplice legge di natura. Qualunque promessa si faccia, qualunque patto si stringa, qualunque danno si rechi, la legge di natura, quella cioè, la quale è fondata sopra i rapporti necessarj delle cose, e degli uomini considerati come creature ragionevoli, e viventi in società, v'aggiunge un motivo per compensarlo questo danno, per soddisfarla questa promessa, per adempirlo questo patto: e questo motivo sarebbe la sproporzione, e il disordine, che ne avverrebbe nell'universale, se potessero impunemente violarsi gli accordi, e le promesse fatte tra gli uomini; sarebbe l'assurdo, a cui darebbesi campo, se potessi fare ad altri ciò, che non vorrei, che fatto fosse a me stesso. Ogni Ente ragionevole, e sociale rinviene facilmente nella combinazione di queste idee la ragione sufficiente per determinarsi ad eseguire ogni patto, che fece; a risarcire ogni danno, che cagionò; e in conseguenza si sente obbligato naturalmente a fare, o non fare certa specie d'azioni. Ma non per questo le leggi civili aggiungono a queste stesse azioni il loro proprio determinato motivo: non chiamano ingiustizia l'infrazione di certi patti, il mancamento a certe promesse; non danno ricorso ai Tribunali per costringere colla forza Sovrana le parti all'adempimento di certe convenzioni, le quali non producono di sua natura considerabile danno alla so-

cietà,

cietà, posto, che non sieno eseguite, ad oggetto di minorare per quanto si può le spese, i disturbi, i rancori, e le amarezze, che sono effetti inseparabili d'ogni procedura giudiziale o civile, o criminale, che sia. Questa dicesi obbligazione semplicemente naturale.

Alle volte la sola legge civile aggiunge a qualche azione motivo di farla, o non farla, quantunque non ve lo aggiunga la legge di natura, e questa dicesi obbligazione meramente civile. Ne abbiamo un rimarcabile esempio in quella specie di contratto detto dai Giureconsulti *Litterarum obbligatio*. Io domando cento ducati imprestito ad un mio amico. Sulla lusinga, ch'egli sia per darmeli, scrivo di mio pugno un viglietto confessionale di debito, e lo metto in mano dell'immaginato mio creditore. Questi non mi dà il prestito confessato: io per inavertenza, per trascuratezza, o per altro motivo lascio per certo determinato tempo in di lui mano la carta, che contro di me testifica d'aver io ricevuto quello, che realmente non ho ricevuto. Se lascio scorrere senza domandare la carta confessionale un certo tempo prescritto, incontro obbligazione civile di pagare i cento ducati, come se in realtà ricevuti gli avessi: m'obbligano i Tribunali al pagamento; mi è disdetto l'addurne prova in contrario, e mi rimango irremissibilmente condannato. La legge civile punisce in me la colpa d'una negligenza imperdonabile a qualunque padre di famiglia; ella presume, ch'io sia debitore, giacchè per tanto spazio di tempo lasciai in mano d'un altro la prova d'un mio debito: e come per lo più si avvera, che nessuno è mai trascurato cotanto,

tanto, che lasci in balìa altrui un testimonio contro di se, senza aver ricevuto quello, che dimandò; così non senza probabile ragione suppone, che anche nel caso mio sia accaduto lo stesso. Obbligato sono per disposizione d' una legge civile a restituire ciò, che non ho ricevuto giammai: ma resterò forse obbligato per legge di natura? Ella non si determina sopra le apparenze, o le presunzioni; ella esime dal pagare quello, che non fu mai sborsato da altri. Ecco un' obbligazione totalmente civile senza essere naturale.

Ma se unisconsi insieme ambedue le leggi e naturale, e civile ad aggiungere l' una, e l'altra motivi per fare, o non fare una qualche azione, il che addiviene in tutte quelle, le quali influiscono molto sopra il vantaggio, e 'l mantenimento della società generale degli uomini; ella è questa un'obbligazione mista, ed efficace; e pecco egualmente contro la legge di natura, non adempiendola fedelmente, e ne posso essere costretto all' adempimento con tutto il rigore, ed in tutte le maniere ordinate dalla legge civile; e di questo genere sono le obbligazioni risultanti dai patti, e dai contratti autorizzati dalle leggi.

§. XII.

Ora la costituzione dell' umana società esige indispensabilmente, che non potendo aver ciascheduno tutte le cose necessarie al suo mantenimento, ai suoi piaceri, alle sue commodità, facciasi un traffico reciproco delle robe dell' uno colle robe dell' altro, dell' opera di questo colle robe di quel-

lo,

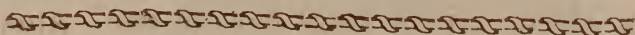
lo, oppure scambievolmente dell' opere coll' opere. La ragione ella è questa generale, e naturale dell' invenzione, e dell' obbligazione de' patti, e dei contratti nella società del genere umano, e della obbligazione, che nasce di fedelmente effettuarli, ed adempirli. Le convenzioni fra gli uomini di qualunque specie si sieno, che hanno per oggetto una cosa da farsi in avvenire, e l' effettuazione della quale non interessa essenzialmente la società, e per l'effettuazione di cui nulla attualmente si diede all' altra parte, la quale ci prestò il suo assenso; propriamente, e legalmente parlando, dicesi *Patto*. La legge di natura ne prescrive l' osservazione, e perciò da ogni patto ne nasce obbligazione naturale, e manca ai doveri d' uomo chiunque ricrede d' eseguirlo, e di effettuarlo. La legge civile però, per impedire, per quanto ella può, la moltiplicazione de' litigi, e delle controversie fra i sudditi, non presta la sua autorità all' esecuzione di tali convenzioni; non vuole, che da essi nasca obbligazione civile, non concede per questi, azione, e ricorso avanti de' Tribunali, quando codesti patti non sieno avvalorati da qualche circostanza, aggiungente un nuovo motivo alla semplice obbligazione naturale, come sarebbe, se un patto semplice fosse confermato col giuramento, se fosse ridotto in iscrittura, o se la materia di esso fosse privilegiata, quale sarebbe un patto di costituzione di dote, rilevato per via di testimonj, ne' quali casi, il *patto semplice* dicesi da' Giureconsulti, *patto qualificato*, o *vestito*, e produce obbligazione civile d' osservarlo, non perch' è patto ma perchè è patto corredato da particolari circostanze.

Ma

Ma se fia mai, che il soggetto del patto versi sopra una materia, l'uso della quale è de' più frequenti, e de' più necessarj pel mantenimento della società; o se nell'atto di fare la convenzione uno dà, o riceve una certa cosa, affine, che l'altro ne faccia, o ne dia un'altra: in quest'ipotesi la convenzione assume un nuovo nome, e una nuova qualità, e diventa un vero, e legittimo contratto, il quale però dai Giureconsulti Romani è definito: Una convenzione legittima, la quale e per la sua frequenza, ed importanza ha dalle leggi, e dal costume il proprio suo nome, come sarebbe la compera, e la vendita, l'affittanza, la società; oppure quand' anche non avesse nome proprio, e determinato, pure ha causa di adempirla, vale a dire, la tradizione di qualche cosa, la quale se compensata, o restituita non fosse, recherebbe vantaggio all'uno colla perdita, e danno dell'altro.

Da questa nozione del contratto ne nascono le divisioni, che le scuole fanno di esso. Altro è contratto nominato, ed altro innominato. Contratti nominati diconsi quelli, i quali hanno ricevuto dalle leggi, e dalla pratica un nome proprio, e particolare: così l'accordo, che ci fa dare un capo di roba ad un altro, mercè l'esborso di certo prezzo; accordo frequentissimo, e assolutamente necessario per la società dicesi compera, e vendita. Contratto innominato dicesi quello, nel quale si permutano, o si danno reciprocamente altre cose, e per certi fini particolari, ai quali la legge assegnare non seppe un nome determinato; e di questi contratti quattro spezie ne distinguono i Giureconsulti con queste formole:

Do, ut des. Facio, ut facias. Facio ut des. Do, ut facias.

I contratti nominati sono anch'essi di quattro generi: e comecchè in qualunque contratto ricerchisi indispensabilmente il consenso, senza del quale non si può in veruna maniera produrre la convenzione, pure altri sono semplicemente *Reali*, altri *Consensuali*, altri *Verbali*, ed altri *Scritturali*. Consensuali son quelli, per dar l'esistenza ai quali basta l'assenso dichiarato di dare una qualche cosa, senza che duopo ci sia di darla effettivamente nell'atto stesso, in cui si forma il contratto. Reali son quelli, ne' quali il solo consenso non basta, ma vi si richiede l'attuale tradizione di una cosa. I verbali quelli, ne' quali l'assenso debbe essere accompagnato dall'espressione di certe determinate parole. Scritturali quelli, ne' quali il consentimento deve essere espresso, e dichiarato per iscrittura.

TITOLO III.

De' Contratti, che consistono nell' attuale tradizione d'una cosa.

§. I.

Nei contratti, la genesi, ovvero l'esistenza dei quali dipende, oltre del reciproco consentimento d'ambe le parti, dall'attuale tradizione d'una cosa, che forma la materia de' medesimi; altri ve n'ha unicamente diretti al vantaggio di quelli stessi,

ci, che danno; altri al vantaggio di quelli unicamente, che ricevono; ed altri al reciproco vantaggio d'ambidue. Di più; fra questi altri ve ne sono, il fine de' quali è la semplice custodia delle cose di altrui, e non già l'uso delle stesse, o il dominio; altri, che danno diritto di ritenersi le cose altrui per custodirle bensì, ma per sicurezza del proprio diritto; altri, che trasferiscono l'uso delle altrui cose soltanto, e non già la proprietà; altri finalmente, che traslatano delle cose d'altri ed il libero uso, e l'intero dominio. Delle varie specie di questi contratti, della natura, e degli effetti di ciascheduno dobbiamo favellare nella sposizione di questo Titolo.

Del Contratto di Deposito.

Una cosa, la quale si pone in mano d'altri, acciò venga custodita, e restituita poscia o al proprietario, o a qualche altra delegata persona, dicesi *Cosa depositata:* e quella convenzione, mercè di cui si acconsente di ricevere appresso di se una cosa, affine di custodirla per far piacere al di lei padrone, che della fedeltà nostra si fida, e restituirla poscia a qualunque sua inchiesta, dicesi *Contratto di Deposito*. Secondo questa nozione, che l'uso comune delle genti attribuisce a questa parola, noi possiamo definire il deposito: un contratto reale, in cui attualmente si dà, e si riceve una qualche cosa a solo fine di custodirla, senza vantaggio alcuno di quello, a cui fu affidata. Quegli, che dà, chiamasi depositatore; e depositario colui, che riceve.

Ora può essere affidata una cosa non sua alla

custodia di un uomo o in conseguenza d'un comando espresso della pubblica giudiziaria autorità, oppure in conseguenza d'un accordo privato. Non di rado addiviene, che fra due litiganti contendasi del dominio di una qualche cosa, e de' frutti della medesima. Potrebbono questi andarsene dispersi. Potrebbe quella perire sino a quel tempo, che una definitiva sentenza ha determinato chi esserne debba il padrone legittimo. In tale situazione di cose il Magistrato o per l'uffizio, che esercita a pubblico vantaggio, o per l'istanze, che gli fanno le parti contendenti, e interessate, ordina a chi crede opportuno, e a chi è in certe cariche, e funzioni, di prendere in custodia le cose controverse per restituirle a quello, a favore del quale sarà per darsi sentenza. Una tale specie di giudiziale deposito chiamasi con proprio nome *Sequestro*, ed ha le sue particolari proprietà; ma di questa specie noi non parliamo in adesso.

Di quella intendiamo di ragionare, la quale ha l'origine sua da uno scambievole accordo fra due cittadini privatamente conchiuso, e che attese le circostanze, la combinazione delle quali può prestarne il motivo, ora deposito *Volontario*, ed ora *Necessario* diventa. Quando è in mio arbitrio di scegliere fra molte la persona di un depositario, alla di cui sperimentata fedeltà, e riconosciuta amicizia la gelosa custodia raccomando di care cose, e preziose, senza che accidente alcuno funesto mi pressi, e mi stringa a porle in sua mano; allora è *Volontario* il deposito. Ma se un assalto improvviso rende padroni della città i nemici, che con militare licenza mettono a sacco-

manno,

manno, ed arubba le case, e le sostanze de' vinti; se un fortuito incendio minaccia di consumare gli effetti, che posseggo; se un imminente naufragio è nel punto d' ingojarmi il tutto, ed in queste circostanze di fatale sventura raccomando a chi primiero rincontro, o a chi si offre il primiero la custodia di ciò, che di migliore credo di poter sottrarre al pericolo: allora il deposito è *Necessario*; non già perchè manchi sul depositante il consenso sufficiente al contratto, ma perchè lo inducono a farlo circostanze, fuori delle quali non lo avrebbe conchiuso: e noi presentemente discorriamo del deposito volontario soltanto.

§. II.

Le proprietà, e gli effetti di questo contratto raccolgonsi facilmente dalla definizione premessa. E' il deposito un contratto in cui si affida la custodia d'una cosa a vantaggio del solo depositante. Dunque il depositario non ne acquista nè il dominio, nè l'uso. Se dunque fosse fruttifera la cosa depositata, non solo dovrà ella individualmente, e in identifico restituirsi, ma tutti eziandio i di lei frutti, ed accrescimenti, e dipendenze, *cum omnibus annexis, & connexis* (1), le quali sono di ragione del proprietario. Se per qualunque maniera, e per qualunque fine uno del deposito si servisse senza un'espressa, o interpretativa licenza del padrone legittimo, ciò sarebbe un violare la fede data, e un rendersi reo d'una spezie di furto, trascorrendo al di là d'una gelo-

(1) *Leg. 1. §. 24. D. deposit.*

sa custodia, la quale unicamente accordasi in virtù del contratto. Abbiamo deciso da Paulo, che compete azione non solo di deposito, ma ancora di furto contro di colui, che ad onta del divieto, e del dispiacere del depositante, abbia posto mano in una borsa, o in argento coniato posto in deposito appresso di se (1). Abbiamo definito da Ulpiano (2), che se uno vendesse la cosa depositata, e poscia la ricomperasse per rimetterla in deposito, accadendo poscia, che venga ella senza di lui colpa a perire, non pertanto però è tenuto a compensarne il proprietario, qual custode infedele, perchè l'arbitrio, che si prese di venderla fu un mancamento al contratto. Ma se il deposito stesso fosse di natura tale, che un qualche moderato uso non lo deteriorasse in guisa veruna, oppure se fosse di una cosa tale, che facilmente rimpiazzarsi con altra equivalente potesse, ed io certo fossi di poter sostituirla ad ogni prima richiesta del depositante; non sarebbe forse un rigore eccessivo il negare ad un amico, o il supporre negato l'uso innocente d'una cosa, che non ridonda in danno di chi n'è il padrone? La stessa custodia è unicamente in vantaggio di chi deposita. Ma caderebbe ella a profitto del depositario, se patuirsi potesse pagamento alcuno, o mercede: cangierebbesi in questo caso, se non il nome, la natura certamente, e la qualità del contratto, e diverrebbe vera locazione quello, che denominossi deposito. Così pensavano gli antichi maestri. „ Se, dice Ulpiano (3), sono smarriti

„ i ve-

(1) *Leg.* 29. *D. dep.*
(2) *Leg.* 1. §. 25. *D. eod.*
(3) *Leg.* 1. §. 8. *D. dep.*

„ i vestimenti dati in guardia al bagnajuolo, qua-
„ lora egli ricevuta non abbia mercede alcuna
„ per custodirli; io penso esser esso tenuto a ti-
„ tolo di deposito, ma se è prezzolato, a titolo
„ di affitto. E se l'uno per custodire un suo ser-
„ vo, qualora mandato l'avrà ad un mulino,
„ qualora intervenga prezzo per la custodia; pen-
„ so, che competa azione di locazione contro il
„ Mugnajo.... Ma se questi altro non gli som-
„ ministrava, che il cibo, e nulla si convenne di
„ più, l'azione è di deposito."

§. III.

Essendo il contratto di deposito fondato sulla buona fede, ed amicizia di chi riceve, e ristretto solamente alla custodia della cosa; il tempo, per cui durar debbe il contratto restringesi a quel tempo, nel quale vuole il proprietario lasciarne ad altri la custodia. Qualunque volta dunque ei la domanda, si debbe restituirla, e sarebbe il rifiuto, o la dilazione un mancamento di fede. Infatti per qual motivo non restituirla ben tosto? Il depositario non ne ha il dominio; non può giustificarsi col dire, di non averne ritratto ancora quell'uso, per cui gli era stata data; il perderne la custodia è un liberare se stesso da un incomodo, e insieme da un pericolo di responsabilità. Quindi è, che se il depositante avesse aggiunto un tempo determinato al contratto, e poscia ridomandasse avanti di questo termine il deposito, conviene al depositario di renderlo. Il tempo è apposto in favore, ed a vantaggio di chi dà, e non già di chi riceve. E' in suo arbitrio

bitrio il cangiar sentimento, e non può dolersi chi non risente danno, e non perde diritto alcuno per l'anticipazione di restituire ciò, che non è suo. Per lo che rispose Ulpiano (1): „ Se „ io avrò depositato appresso di te col patto di „ restituire dopo la tua morte, io posso e a te, „ e al tuo erede muovere lite per restituzione di „ deposito; posso cangiar idea, e ripetere avanti „ la morte tua. E similmente se deporrò, acciocchè restituito mi sia dopo la mia morte, „ io, non meno, che l'erede mio, avremo azio„ ne di deposito, perchè nulla divieta, che can„ giare io mi possa di sentimento. "

Così ricerca la fedeltà, ch' è il fondamento di questo contratto; fedeltà, di cui tanto esattamente se ne esige l'osservanza, che sarebbe un delitto il pretendere d'appropriarsi il deposito ricevuto, o di negarne la restituzione col pretesto o di compensare un qualche credito, quantunque liquido, e incontrastabile, o di prorogarla sino a che questo venga saldato. I Pontefici hanno così determinato, e le leggi aveano così stabilito al solo lume della ragion naturale. Le loro parole son queste (2): „ Accadendo, che alcuno a titolo „ di deposito abbia ricevuto o danaro, od altre „ cose, sia questi tenuto ad immediatamente re„ stituirle al depositante, e a ciò fare sia nelle „ più efficaci maniere costretto, senza che possa „ opporre compensazione, o deduzione, o ecce„ zione alcuna d'inganno, come se egli pure al„ legasse contro il depositante una qualche azio„ ne

(1) *Leg.* 1. §. 45. *D. deposit.*
(2) *Leg.* 11. *Cod. deposit. Cap.* 2. *de deposit.*

„ ne o personale, o reale, o ipotecaria. L'in-
„ dole del contratto non permette, che se gli
„ accordi diritto di ritenersi cose affidateli in vir-
„ tù d'una convenzione, che nata dalla buona
„ fede, non dee servire d'occasione, e degenera-
„ re in perfidia."

Come però hanno sempre in mira le leggi il pubblico bene, e nelle circostanze della vita può accadere di frequente, che volendo soddisfare ad un dovere, siamo in necessità di mancare ad un altro, nel qual caso di collisione la prudenza ricerca, che l'esercizio di una più eminente virtù s'anteponga all'esercizio d'altra virtù inferiore, e subordinata; così può praticamente succedere, che alcuna volta non sia tenuto il depositario alla restituzione, anzi tenuto sia di negarla al depositante, che la domanda. Se uno depositato avesse appresso di me un'arma, o quantità grande di soldo, e mi ridomandasse la prima per commettere un omicidio, e l'altra per soccorrere i nimici dello Stato, o per eccitare una sedizione; per soddisfare alla fedeltà del contratto, devo io forse mancare alla fedeltà, di cui son debitore alla Patria, o secondare gl'impeti d'un uomo furibondo nel trasporto della passione? Se cose depositate in mia mano venissero applicate al fisco in punizione d'un misfatto commesso dal depositante, dovrò io restituirle al privato, che me le confidò, o ritenerle a beneficio del Pubblico, che le tolse ad un indegno cittadino? „ Dovrei, di-
„ ce Trifonino (1), restituirle al depositario,
„ se si considera la natura del contratto in se
„ stes-

(1) *Leg.* 1. §. 45. *D. deposit.*

„ stessa, e le persone de' contraenti senza rela-
„ zione allo stato di società, nel quale si vive;
„ ma comecchè tutte le convenzioni, e le obbli-
„ gazioni risultanti da esse sono subordinate all'
„ autorità, e all'ordine stabilito dalla medesima
„ per la felicità maggiore degl' individui tutti,
„ che la compongono io non posso mancare al
„ debito mio verso del pubblico, per adempier-
„ ne un altro verso il privato, nè dare a costui
„ il deposito come di cosa non più sua, e lo
„ serberò per l'erario; essendo conveniente, che
„ un reo dannoso alla società rimanga abbando-
„ nato, e mendico, onde il suo esempio serva
„ per tutti di freno ai misfatti."

Se un ladro deposita appresso di me una cosa rubata, dovrò io restituirgliela? Distinguiamo tre ipotesi. Può la cosa essere d'altri, e può ridomandarmela il ladro medesimo, senza che me la domandi il padrone legittimo; e in questo caso io devo restituirla al depositante, sebbene ei se l'abbia malamente usurpata (1). Può la cosa esser di mia ragione; posso scoprire, che fu involata a me stesso, e in questo caso cessa ogni obbligazione di renderla, perchè essendo già mia, non è tenuto il padrone nè a custodire le cose sue a nome d'altri, nè restituirle a chi non ebbe diritto d'impossessarsene. Può la cosa essere ridomandata egualmente e dal proprietario, e dal ladro, che fece il deposito; e in questo caso l'equità esige, che non già a lui, ma a quello si dia, a cui fu ingiustamente rapita, essendo quella vera giustizia, che nel dare a tutti il suo usa discre-

(1) *Leg.* 11. *Cod. deposit. Cap.* 2. *de deposit.*

discrezione per distinguere il merito maggiore del titolo, per cui domandasi (1).

§. IV.

Il fine di questo contratto è la custodia d'una cosa, per restituirla. Come dunque restituito non si dice ciò, che non è più tale, quale si ebbe; così restituito non si dirà un deposito, che non si rinviene in specie, o in qualità lo stesso, che fu consegnato, e perciò dice la legge (2): Se la cosa depositata, allora che viene restituita, trovasi deteriorata, potrà proporsi azione di deposito; essendo che per questo appunto, che deteriorata si trova, può dirsi non essere stata restituita dolosamente.

Quanto più dunque diremo, doversi ciò aver per vero, qualunque volta ella fosse non solo deteriorata, ma di più fosse perita? Dal che facilmente si deduce, essere molto grande l'obbligazione, che assumesi dal depositario per la custodia, di cui è debitore, acciò possa puntualmente restituire il deposito affidatogli: della quale obbligazione affinchè conoscerne meglio possiamo l'estensione, ed i confini, dobbiamo avvertire, che perdersi, e deteriorarsi può una cosa depositata per tre ragioni, cioè a dire, o per qualche accidente fortuito, o per positiva frode, ed inganno, o per colpa, e negligenza del depositario. Queste tre diverse cagioni producono effetti diversi; e come hanno luogo non solo nel deposito, ma eziandio in

(1) *Leg.* 37. §. 1. *D. deposit.*
(2) *Leg.* 18. *D. commod.*

in qualunque altro contratto, ne assegneremo quì i generali principj, per fare di essi le particolari applicazioni a suo luogo.

§. V.

Per nome di casi fortuiti intendiamo quegli effetti, i quali sono prodotti dall'azione di una, o più cause concorrenti, che non sapremmo o prevedere, o evitare, e quelli ancora, che dipendono dall'azione di cause messe in opera, se si vuole, da noi, ma per un qualche fine totalmente diverso, senza che temere potessimo l'esistenza dell'effetto seguito. Una tale precisione d'idee è assolutamente necessaria, ove della giustizia de' contratti discorresi. L'esempio per altro farà meglio conoscere la realità della definizione. Un fulmine cade, e incenerisce una casa. L'effetto è pienamente fortuito. L'azione del fulmine non era prevedibile; e posto anche, che fosse preveduta, era inevitabile; nessuna forza, e diligenza poteva riparar la sventura. All'opposto io accendo di notte la candela per istudiare; questo è il fine, che mi propongo: ma ella mette scintille: una di queste cade in materia combustibile; il fuoco si apprende: sorge un incendio, e consuma la casa. Nella serie delle cause, e degli effetti risalendo alla prima, si può vedere, che in una mia azione libera contiensi la ragione del tutto. Ma pure dirassi con verità fortuito l'incendio, qualunque volta il fine propostomi di accendere il lume, era lo studio; arrogisi a questo, che io non era in circostanze di dover temere, e prevedere la possibilità, e probabile eventualità dell'incen-

cendio. All'incontro supposto, ch'io abitassi in un magazzino di nitro, o di polvere; come ch'io dovrei temere probabile non meno, che possibile il pericolo d'incendio per qualunque inavvertenza, sarei tenuto ad una incomparabilmente maggiore cautela, e la posizione di una causa fisica, quantunque non propostami per fine deliberato d'incendio, mi potrebbe essere ascritta a voluta cagione d'un effetto non preveduto.

Ciò supposto, io dico, che nelle due distinte ipotesi, alle quali abbiamo limitati i casi fortuiti, l'effetto come o irreparabile in se, o non preveduto dall'agente, non può essere a lui imputato, come a causa morale, e libera dell'effetto accaduto. Ma a risarcire il danno cagionato non può giustamente esser tenuto, se non chi può essere considerato, come causa morale, e libera del medesimo. Dunque nelle due ipotesi comprese nella definizione non può essere il contraente tenuto a risarcire il danno cagionato da un caso fortuito. Le leggi decidono in conformità di queste nozioni. „ Un contraente, dice Cajo (1), è res-
„ ponsabile di tutti gli accidenti soltanto, i quali
„ impedire si possono per lui ": e quindi è, soggiunge Ulpiano riducendo la teoria alla pratica (2), „ che i danni cagionati dagli animali
„ irragionevoli, le morti, le fughe de' servi ac-
„ cadute senza taccia di nostra trascuratezza, per-
„ chè non sogliono essere custoditi, le rapine,
„ gl'incendj, l'escrescenze dell'acque, gli assalti
„ repentini de' masnadieri, non possono essere as-

„ critti

(1) *Leg.* 18. *D. Com.*
(2) *Leg.* 23. *D. de R. J.*

„ critti a debito di chiunque . " Possiamo dunque da tale dottrina ricavare il teorema seguente : Nessun contraente è obbligato a qualsivoglia caso fortuito, se non acconsente alla responsabilità espressamente, o se non gli è imputabile. Dal qual teorema tre corollarj ne vengono. Che può ciascuno in qualunque contratto assumersi per patto espresso l'obbligazione di prestare i casi fortuiti, non già in virtù del contratto, ma del patto aggiuntovi; essendo vero, che può ciascuno cedere ai suoi vantaggi, ed incontrare quelle obbligazioni, che ripugnanti non sono all' essenza d'un contratto, sebbene determinate non sono dalla natura del contratto medesimo. Che anche senza patto alcuno dichiarato , compresa s' intende in qualunque contratto l' obbligazione di prestare i casi fortuiti , l'esistenza de' quali dipende da una qualche azione, ovvero omissione, le conseguenze di cui potevano, e dovevano essere prevedute dal contraente, al quale perciò imputabile si rende il successo, ancorchè l'azione, ovvero omission sua sia stata diretta ad un fine innocente. Che qualunque volta perita si trova la cosa per contratto obbligata, se perita si dice per un qualche fortuito accidente del genere di quelli , che possono essere imputati; quegli, che allega a difesa sua, e per esimersi dall'obbligazione, il caso fortuito, non merita credenza, quando non rilevasi apertamente dalle circostanze della persona, e del fatto, o quando egli convincentemente non prova , non essere intervenuto dal canto suo inganno alcuno, o mancamento colpevole, donde cagionata sia la sventura. Abbiamo sopra di ciò una bella risposta d' Ulpiano . „ A quei dan-

„ ni

„ ni fatali, i quali accadono senza poter essere
„ riparati, e preveduti, non sono obbligati i com-
„ pagni di società, e però se ad altri si sarà da-
„ ta una mandra a stima, e questa perisca o per
„ incendio, o per violenza d'assassini, sarà il dan-
„ no comune, quando però non v' intervenga
„ frode, o colpa di quello, che ha ricevuta in
„ se la custodia della mandra. Ma se verrà di
„ nascosto da' ladri asportata; tutto il danno sarà
„ proprio di lui, essendo in debito di usare tut-
„ ta la vigilanza per custodirla (1)."

Facciamo ora l'applicazione di queste regole generali al contratto di deposito. In virtù di questo il depositario s' impegna a custodire una cosa d'altri gratuitamente per restituirla al primo cenno del depositante. In ogni contratto nessuno è responsabile di quegli accidenti, che una combinazione di cause rende inevitabili, quando non possano ascriversi a frode o a colpa del contraente, oppure quando non abbia espressamente accordata la sua responsabilità per qualunque accidente anche fortuito. Dunque non sarà tenuto il depositario a soddisfacimento veruno nel caso, che fortuitamente perisca appresso di lui il deposito, quando non si avrà a tanto espressamente obbligato. Ma sarà egli tenuto qualora imputar se gli possa frode, o negligenza? La presunzione d'inganno, o di colpa militerà contro di lui? Ricercansi in lui quei gradi di attenzione, e di provvidenza per la custodia delle cose depositate, che ricercansi in altri contratti? Lo vedremo in seguito.

§. VI.

(1) *Leg.* 52. §. 3. *D. pro soc.*

§. VI.

Abbiamo avvertito di sopra, che la frode consiste in un diffetto di rettitudine, che ha la nostra azione, proveniente non già da una falsa persuasione dell'intelletto, ma da una prava disposizione del cuore. In conseguenza frode intervenne ne' contratti, qualunque volta uno conoscendo, che l'azione sua porta nocumento al contraente, ed è contraria a quelle obbligazioni, che la convenzione gl'impone; non pertanto ei la ommette deliberatamente, e scientemente. Basta il gettar lo sguardo a questa nozione, per restare convinti, che la buona fede, e l'eguaglianza, che dee regnar nei contratti, ne esclude interamente la frode; e comecchè precetto è questo di ragion naturale, al quale i patti de' particolari recar pregiudizio non possono; così ingiusto sarebbe, e inefficace quel patto apposto a qualsivoglia contratto, di non essere tenuto, se per inganno, e malizia se ne violassero le obbligazioni, e i doveri. Ora chi contratta ben sa, che dee custodire il deposito, e che dee custodirlo a solo fine di restituirlo. Egli sa dunque, che nulla dee fare di ciò, che può metterlo fuori di stato di restituire quella cosa precisamente, che ricevette in deposito. Se dunque egli appostatamente si determinasse a lasciarla esposta, acciò venisse involata, a gettarla sul fuoco, acciò restasse consunta per non restituirla, la perdita gli sarebbe imputabile non solo, ma imputabile per suo inganno, e malizia, che non esimendolo dal debito di restituzione equivalente, lo carica d'infamia obbrobrio-

briosa, senza che per patto alcuno gli possa venire rimessa. Parla appunto del deposito Ulpiano, e dice (1): „ Se si convenne nel celebrare il „ deposito, che tenuto sia il depositario anche „ per inavvertenza, e non già per sola frode; „ avrà vigore il contratto, perchè sono i patti „ quelli, che danno legge al medesimo. Ma non „ approverete poi, che non si debba prestare la „ frode commessa, ancorchè siasi di ciò conve- „ nuto: questo sarebbe un patto contrario alla „ buona fede, e ai buoni costumi, e in conse- „ guenza da non osservarsi. " Ma per essere certi, che un contraente siasi indotto a mandare a male la cosa, di cui si contrasse, per pura frode, ed inganno, bisogna provare, ch'egli sapesse le conseguenze della sua azione, e che appostatamente la commettesse. Ora come mai assicurarsi d'una così rea determinazione dell'animo? Ognuno è in diritto di essere creduto un galantuomo, se non si fa vedere evidentemente il contrario. Come mai recar prova di questo, quando l'unica prova dipende dall'affetto del cuore, sempre invisibile? La presunzione in questo caso è a favore dell'accusato; e chiunque asserisce, che una cosa sia stata maliziosamente, e fraudolentemente commessa, debbe addurne le prove, quantunque ei si difenda (2); e quelle prove deggiono essere dimostrative, e senza eccezione.

Quantunque però difficilissimo sia il convincere alcuno di frode, contuttociò alcune conghietture vi sono, dalle quali la legge arguisce, che il con-

(1) *Leg.* 1. §. *6. D. deposit.*
(2) *Leg.* 18. §. 1. *D. de probat.*

traente abbia con deliberato inganno operato, le quali sebbene vagliono in qualunque contratto, pure sono più particolarmente a proposito per quelli, che principalmente si fondano sull'altrui fedeltà, fra quali ottiene il primo luogo il deposito. Se in un armadio, o in una stanza soldo vi sia depositato, e soldo mio; e se venga rubbato in guisa, che trovisi a mancare il soldo d'altrui solamente, e non già il mio; può ben darsi, ch' io sia innocente: ma per sentenza del Pontefice Gregorio IX. (1), presumesi, non essere in buona fede colui, al quale sono involate le cose d' altri, e conservate le proprie. Se io ridomando il deposito, e tergiversa a restituirmelo il depositario in circostanze, che facilmente il può fare; come egli sa, ovvero dee sapere, che questo precisamente è il suo dovere, così se in questo tempo viene a perire la cosa depositata, è fondato il sospetto, ch'ella sia perita per di lui mala fede; onde generalmente ebbe a dire Ulpiano (2): *Pare, che operi con inganno chiunque non restituisce ciò, che può restituire.*

§. VII.

Come la frode consiste nel commettere, ovvero nel tralasciare certe azioni, le quali sappiamo doversi fare, o non fare da noi, quantunque siamo persuasi, che dall'ommissione, o commissione di queste ne sia per seguire un effetto ripugnante al dover nostro, e alla natura del contratto:

(1) *Cap. 2. dé dep.*
(2) *Leg. 8. §. 9. D. Mandat.*

tratto: così quella, che dicesi propriamente colpa, consiste in un mancamento di rettitudine dipendente dalla non applicazione del nostro intelletto per distinguere tutto quello, che potremmo, o dovremmo fare per giungere a un certo fine. E avvegnachè nei contratti noi ci assumiamo l' obbligazione di fare, o non fare certe cose in grazia d'altri, qualunque volta tralasciamo di usare i mezzi convenevoli per questo fine, perchè convenevoli, e necessarj non li giudichiamo per disattenzione, ed incuria nostra; questa negligenza, ed inavvertenza ci diventa imputabile, ed a colpa nostra se ne ascrive l'effetto. Ora dovendosi giudicare della colpa altrui relativamente ai contratti, non secondo la sottigliezza, e precisione delle metafisiche teorie, ma secondo l'idee popolari, e il sentimento comune degli uomini: fecero i Giureconsulti una divisione della colpa in tre spezie, dando ad una il nome di *Colpa Lata*, all'altra di *Colpa Leggera*, alla terza di *Colpa Leggerissima*. Corrispondono queste a tre diversi gradi di attenzione, e diligenza, che si ravvisano ordinariamente negli uomini nel maneggio degli affari, e nella direzione delle cose loro domestiche. Dirassi *Colpa grave* quella disattenzione, e negligenza, la quale non suole nè pure dai più trasandati accostumarsi nelle cose loro, e il non riflettere, come da certe cause possono nascere certi effetti, la relazione dei quali colle medesime è conosciùta eziandio dai più semplici. E così ebbe a dir Paulo (1): *Consiste la colpa grave nel non intendere ciò, che intendono tutti.*

(1) *Leg.* 223. *D. de V. S.*

Dirassi colpa leggiera l' ommissione di quelle avvertenze, che ciascuno, purchè sia mediocremente attento, suole praticare per la conservazione, e custodia delle cose proprie. Dirassi colpa leggierissima l' ommissione di quegli esattissimi, e scrupolosi riguardi, che sogliono le persone più diligenti avere ne' proprj interessi.

Supposta questa distinzione di colpe, come in qualunque contratto l' inganno è sempre imputabile, nè può pattuirsi, che sia all' ingannatore rimesso; così vero essendo quello, che Ulpiano, e Paulo hanno deciso (1), che una supina negligenza avvicinasi all' inganno, e che una grande inavvertenza diviene una colpa grande, ed una colpa grande diviene una frode: ne segue per illazione legittima, che in ogni spezie di contratto debbasi soddisfare il danno, che risente un contraente per la straordinaria eccessiva negligenza dell' altro. Ma riguardo poi ai gradi di maggiore, o minor negligenza, che esiger si può da chi ebbe a fare con noi, convienci distinguere i varj generi di contratti in questo modo. In quelli, ne' quali il vantaggio è solamente di chi dà, e non di chi riceve, nessuna diligenza può pretendere quegli che dà, maggiore di quella, che prestar suole alle cose sue chi riceve. Voi dovevate prender lingua del temperamento di colui, a cui ponete in mano le cose vostre; e se affidate gliele avete, a titolo di buona giustizia, nulla più da lui pretender potete di quanto egli fa per se stesso. In quelli, ne' quali si tratta di un vantaggio reciproco, che è tenuto alla custodia delle cose

(1) *Leg. 29. D. Mandat. Leg. 226. D. de V. S.*

cose altrui, tenuto è similmente ad usare quell' attenzione, la quale ciascuno, ch' è in concetto d' essere un uomo diligente, è solito ad osservare. La ragione si è, perchè trattandosi in questi dell' utile giusto anche d' altrui, è naturale cosa il supporre, che chi ci lascia ciò, donde noi stessi caviamo vantaggio, esige da noi quella custodia almeno, che è propria di un uomo mezzanamente diligente. In quelli alla fine, che tendono unicamente all' utile di chi riceve, ovvero anche negli altri, qualora uno si esibisce ultroneamente, e si offre alla custodia, ricercasi tutta l' esattezza, e diligenza possibile.

Questa dottrina comunemente ricevuta ci appiana la strada, e ci rende certe le conseguenze, che trarre dobbiamo pel contratto del deposito. E' questo un contratto, in cui si riceve la custodia di cose d' altri gratuitamente, per restituirle a piacere di chi ce le dà. Dunque è tutto indirizzato al vantaggio di lui, e non di chi riceve. Dunque chi riceve non è tenuto ad usare nel custodirle, se non se quel grado di diligenza, picciolo, o grande poi sia, colla quale custodisce le sue. Ecco la legge (1): „ Quegli, appresso di „ cui facciamo il deposito d' una cosa, è sicuro „ da ogni nostra pretesa, quantunque vada per- „ duta, per essere stata da lui negligentemente „ custodita; perchè non ricevendola per vantag- „ gio proprio, ma di altri, reo diventa allora „ soltanto, che per inganno suo ella è smarrita. „ La mancanza di diligenza reo non lo rende, do- „ vendo lamentarsi di se stesso chi ad un amico

 „ tras-

(1) *Leg.* 1. §. 3. *D. de obbligat. & action. Leg.* 22. *D. deposit.*

„ trascurato affida le cose sue : per altro poi se
„ la negligenza fosse somma, ella non si distin-
„ gue da un positivo inganno. Quindi è che se
„ uno sebbene non attento a quel segno, che so-
„ no gli uomini naturalmente, non usa di quel-
„ la qualunque siasi diligenza nel custodire il
„ deposito, colla quale custodisce le cose sue,
„ non và esente dal sospetto di frode. La fedel-
„ tà ricerca, che non sia meno attento per le
„ cose d'altri, che per le proprie. "

In tutti i contratti chi volontariamente si esibisce per custodire le altrui, s' impegna ad una esattissima diligenza impuntabile. Dunque nel caso, che uno si offre ad essere depositario, gli sarà imputata ogni benchè leggerissima colpa. Se uno si offre al deposito, scrive Giuliano (1), egli si pone da per se stesso in pericolo di dover restituirlo, non solo se si smarrisce per di lui malizia, ma ancora per semplice colpa, e per qualunque trascuratezza nella custodia, andando esente soltanto dai casi fortuiti.

§. VIII.

Sia dunque, che il depositario offerto, o non offerto si sia, egli non è obbligato, egli non è responsabile d'un accidente fortuito. Ma pongasi, che nella sventura fatale d'un incendio, o d'una rovina, egli sia a tali circostanze ridotto, che debba necessariamente far getto o delle cose sue proprie, o delle depositate; domandasi, quali sia tenuto a preservare dal distruggimento, e mette-

re

(1) *Leg.* 1. §. 35. *D. deposit.*

re in salvo. La maggior parte degli autori discorre così. Quando le cose proprie del depositario sono più preziose delle depositate, non ci è dubbio, ch'egli non le debba preferire. L'amore ordinario di se stessi a ciò consiglia, e come ogni buon padre di famiglia opererebbe così, così operar debbe altresì il depositario per la natura del contratto. Quando le cose sono di egual pregio, e molto più, quando il valore di quelle del depositante è superiore a quello delle cose del depositario, la buona fede del contratto, e il dovere dell' amicizia nostra ricerca, che debbansi queste preferire alle proprie. Ma io confesso di non saper vedere per qual titolo di rigorosa giustizia io sia tenuto di anteporre in questo caso le cose d'altri alle mie, quantunque siano di uguale, o di prezzo inferiore. L'indole del contratto mi pone in obbligazione di usare tutta quell' attenzione, e diligenza per gli altri, che uso per me; ma non già, ch'io debba usarla maggiore, quando non mi avessi espressamente a tanto impegnato. La differenza del valore non mette differenza nel debito della custodia, e preservazione delle cose; e può accadere sovente, che ciò, ch'è mio, quantunque in se stesso sia assai meno pregevole di quello, ch'è d'altri, pure relativamente a me sia più importante, e più m'interessi d'un tesoro, ch'altri possiede. L' autorità delle leggi, che arrecano, sembra male adattata, ed anzi servire di prova al contrario. Parla Ulpiano delle obbligazioni d' un comodatario, e dopo d'avere osservato, che in questo contratto si ha in mira l'utilità della persona, che riceve, soggiunge, doversi dire, che se accadesse un qual-

che accidente o di morte, o di rapimento della cosa comodata, non gli sarebbe imputabile, quando senza veruna colpa dello stesso accadesse (1). Indi conchiude: „ Perciò rimane egli esente da „ ogni debito, se fia, che una rovina, o un „ incendio, o altra fatale disgrazia intervenga, „ quando bene potendo ei salvare le cose como- „ date, non avesse a queste preferito le sue. „ Io approvo la definizione di Ulpiano, ma se questa è vera nel comodato, perchè unicamente il vantaggio risguarda di chi riceve, dovrassi inferire, non aver luogo nel deposito, perchè risguarda unicamente il vantaggio del depositante.

§. IX.

Ecco a che si restringono i doveri del depositario. Ma se egli dee custodire gratuitamente, e poscia restituire, è ben conveniente, che danno alcuno ei non risenta o per la custodia, o per la restituzione. Se fatte avesse delle spese necessarie per conservare la cosa depositata, non sarebbe di giustizia, che compensate gli fossero? Uno convenuto in giudizio per la restituzione d'un schiavo depositato, può avanti il medesimo giudice ridomandare, che pagati gli vengano i somministrati alimenti (2). Se per ricevere il deposito, dovuto avesse il depositario fare una qualche spesa, non sarebbe conveniente, che risarcita gli fosse? Dee sempre precedere la liquidazione, e la sentenza sopra le spese, che fossersi fatte necessa-

(1) *Leg.* 5. §. 4. *D. Commod.*
(2) *Leg.* 23. *D. deposit.*

cessariamente (1). Se dovesse restituirsi il deposito in luogo diverso da quello, ove fu fatto; non sarebbe di tutta equità, che il depositante soccombesse a quanto fosse sborsato per trasmetterlo altrove? Se fosse depositato un capo di roba nell'Asia, a condizione, che si restituisca in Roma; deesi interpretare la condizione in questo senso, che il trasporto si faccia non già a carico di colui, che lo ricevette, ma di chi lo depositò (2).

§. X.

Le obbligazioni tra il depositante, e il depositario sono reciproche. Affinchè e l'uno, e l'altro possa essere costretto a soddisfarle, si dà ad entrambi diritto di domandare avanti il magistrato; la qual domanda espressa con certa formola di parole dicesi azione. Il contratto di deposito due ne concede; una diretta, l'altra contraria. Diretta quella, che compete al depositante contro il depositario; contraria quella, che compete al depositario contro il depositante. Nasce l'una, e l'altra da un contratto, l'obbligazione del quale ha il suo fondamento nella cosa, perchè fu data, e ricevuta sotto certe relazioni, e condizioni. Ora l'obbligazione prodotta da un contratto non solo affetta la persona stessa del contraente, ma passa eziandio negli eredi, i quali lo rappresentano, e in conseguenza a titolo di deposito sono eglino tenuti non meno, che i loro autori principali. Quest'azione di deposito, dice la legge,

(1) *Leg.* 8. *D. deposit.*
(2) *Leg.* 18. *D. eod.*

ge, accordasi ai possessori de' beni, ed ai successori d'altre spezie, e a quelli, a' quali si restituì l'eredità del S. C. Trebelliano (1). Quando è diretta, compete al depositante per costringere il depositario alla restituzione; per domandare risarcimento, se gliela restituisse deteriorata, e a peggiore stato ridotta; per ottenere, che gli sia dato l'equivalente, qualora andò a male per colpa, o per inganno del depositario; se non che quando si tratta d'un deposito necessario, essendo più rea la perfidia, che si usa a danno d'uno sventurato; non basta l'equivalente, ma condannato rimane l'infame depositario al pagamento del doppio valore della cosa depositata. Quando è contraria, concedesi al depositario per ripetere le spese necessarie, che potesse aver fatte per lo mantenimento, e conservazione del deposito, e per essere compensato de' danni, che per questo motivo potesse avere sofferti.

Del Contratto di Pegno.

§. XI.

Il vocabolo di pegno ha tre significati diversi. Alle volte si usa per denotare la cosa stessa, che dassi; alle volte per esprimere il diritto, che sopra la medesima acquistasi; alle volte per indicare il contratto, mercè del quale un tale diritto sopra certe cose comunicasi ad altri. Come fa vedere l'esperienza, che non sempre i debitori son pronti a restituire ciò, che hanno ricevuto da altri; molti negano

(1) *Leg.* 1. §. 19. *D. deposit.*

gano di soccorrere col danaro, e colle cose proprie chi si trova forse in angustie, pel timore, che hanno di perdere il suo. Per agevolare il commerzio fra gli uomini, s'introdusse una spezie di convenzione, e contratto, in virtù del quale si dà o si obbliga al creditore cosa propria del debitore, o di altri, la quale cede come in ostaggio, e sicurezza del pagamento nel caso, che trascurasse il debitore dentro il tempo pattuito di farlo: dal che ne ridonda e vantaggio al datore del pegno, perchè più facilmente ritrova i mezzi di ajutarsi, e vantaggio al ricevitore dello stesso, perchè ha in mano sua la sicurezza del credito. Qualunque volta si conviene, che per sicurtà d'un debito sarà obbligata una cosa, senza, che attualmente si dia in mano del creditore per sua sicurezza, quest'atto dicesi propriamente contratto d'ipoteca; sebbene essendo e nell'un caso, e nell'altro l'effetto il medesimo, prendersi sogliono per una stessa cosa i nomi d'ipoteca, e di pegno. Cosa è dunque il contratto di pegno? E' un contratto nel quale si dà al creditore una cosa in sicurezza del pagamento per essere da lui custodita, e restituita senza deteriorazione, estinto, che sarà il debito. Da questa definizione ricaviamo tre assiomi. Possono darsi in pegno le cose tutte, che rendono sicuro il pagamento. Si danno in possesso del creditore per sicurezza solamente del pagamento. Si danno per vantaggio d'ambe le parti.

§. XII.

Diversi potendo essere i modi, coi quali alla sicurezza di un credito può provvedersi; diverse

per-

perciò sono eziandio le spezie del pegno. Si dichiara molte volte quali, e quante cose si danno per sicurezza altrui; molte volte restano assoggettate in pegno, o ipoteca senza che preceda convenzione alcuna fra il creditore, e il debitore. Dicesi espresso il pegno contratto nella prima maniera; dicesi tacito il contratto nella seconda. L' espresso si forma o per accordo scambievole del creditore, e debitore, ed è convenzionale; oppure per decreto, e autorità del magistrato, ed è giudiziale. Di codesto pegno giudiziale frequenti sono gli esempi, accordandosi dai magistrati l'indulto d'essere posti in possesso dei beni, e tenerli in custodia loro ai creditori per titolo di dote, o di legato, o di danno sofferto, o che sono in pericolo di perdere il suo per la fuga improvvisa del debitore, per la sua contumacia di non voler rispondere alla citazione precorsa, per la maliziosa sua dilazione, e cavilloso stancheggio nel soddisfare ai già contratti, e riconosciuti doveri. Che se dopo il primo decreto, con cui si concede la semplice custodia delle sostanze del debitore ai creditori, ei non comparisce, nè adempie alle sue obbligazioni, spirato, che sia un tempo opportuno, riconfermasi con un secondo decreto a favore dei creditori il possesso dei beni del debitore, in cui posti si sono in virtù del primo decreto, e divengono allora non già semplici custodi, e detentori, ma usufruttuarj, e padroni delle cose del reo per comandamento del giudice.

Per altro il pegno convenzionale espresso, o giudiziale che sia, se si ha riguardo alle cose stesse, le quali si costituiscono in sicurtà, dividesi in genera-

nerale, e particolare. Generale dirassi, quando nella stipulazione del contratto, o nella formola del decreto, si obbligano indefinitamente i beni tutti del debitore. Questa indefinita ipoteca di beni, come quella, che non ridonda in pregiudizio del debitore, a cui non si accresce punto la quantità dell'obbligazione, ma unicamente è diretta alla sicurezza maggiore de' creditori; questa indefinita ipoteca, dico, riceve una grande estensione, e comprende tutto ciò, che è, o può essere di ragione del debitore. Io dico: obbligo a cauzione del contratto i miei beni. Obbligati s'intendono gli stabili non meno, che i mobili; i presenti non solo, ma i futuri eziandio; sebbene nella convenzione, o nell'istrumento non sia fatta una tale specificazione. La legge tolse ogni dubbio dicendo (1): Decretiamo, che se un debitore dirà d'assoggettare le cose sue, ancorchè non aggiunga espressamente *presenti*, *e future;* il diritto d'ipoteca generale anche alle future si estende. Comprendendo dunque un'ipoteca generale dei beni tutto ciò, che presentemente è, o in avvenire può essere in patrimonio del debitore, ed insegnandoci Ulpiano (2), doversi annoverare fra i beni ciò, che attualmente non possediamo, ma che abbiamo azione, e ragione di domandare, e ripetere: in una generale ipoteca sotto il nome di beni s'intendono obbligati non solo i mobili, ma gli stabili; non solo i presenti, ma i futuri; e non solo le cose corporali, e sensibili, ma tutti ancora i diritti incorporali, e le azio-

(1) *Leg. 9. Cod. quæ res pignor. non poss.*
(2) *Leg. 49. D. de V. S.*

azioni, e ragioni, che appartenere al debitore potessero.

Nessuna spezie di cose adunque anderà esente dall'obbligazione in un'ipoteca generale? Anzi sì, risponde Ulpiano (1): non sono comprese quelle, che verisimilmente non avrebbe il proprietario individualmente impegnato, quali sarebbero i vestimenti, e gli utensili, e le giornaliere provvigioni da bocca, e que'servi, ed animali, senza il ministerio de'quali egli nè vivere, nè mantenersi saprebbe: aggiungiamo di più i fondi fidecommessi, o enfiteutici, o a primogenitura, o a maggiorasco soggetti, i quali non potendo essere dal creditore alienati, o venduti, e perciò non essendo idonei per assicurargli il suo credito, rimangono esclusi da qualunque universale ipoteca.

Da questa generale è differente l'ipoteca speziale, la quale si forma col rendere obbligato un qualche capo di cose o mobili, o stabili, o pure un qualche genere determinato di esse: onde sarebbe ipoteca speziale, se uno convenisse di rendere obbligati a cauzione d'un suo creditore i suoi animali, le sue mercanzie, o i mobili solamente, o solamente gli stabili. Il che merita d'essere attentamente avvertito, essendo molto differente l'effetto, che nasce dall'essere l'ipoteca o generale, o speziale.

§. XIII.

L'autorità delle leggi dona a molti creditori diritto d'ipoteca sopra i beni de' loro debitori, non

(1) *L. 8. D. de pign.*

non solamente senza il previo loro consentimento, ma ancora senza loro cognizione, e non ostante eziandio il dissenso positivo di essi; dissenso inefficace, ed ingiusto, perchè acconsentito avendo ad un contratto principale, debbono in conseguenza volere del pari l' accessorio del pegno, che vi aggiunge la legge. Codesto pegno però dicesi legale, di cui abbiamo gli esempi in molti casi. Una donna, che prende marito, e che gli porta la dote, in conseguenza del matrimonio contratto acquista una tacita legale ipoteca sopra tutti i beni dello sposo, per assicurarsi la restituzione della medesima, e del pari acquista il marito eguale diritto sopra tutti i beni della moglie, per rendersi sicuro del pagamento della dote promessa. ,, Noi accordiamo, dice Giu-
,, stiniano (1), una scambievole ipoteca ai con-
,, jugati: la accordiamo sopra i beni del marito,
,, perchè sia restituita la dote alla donna, la ac-
,, cordiamo al marito, perchè dai beni della don-
,, na averla egli possa. " Una simile ipoteca la ha il fisco sopra le sostanze tutte di quelli, che assumonsi l' incarico di riscuotere le pubbliche entrate, o che in altra guisa con esso contrattano (2): la anno i pupilli, ed i minori sopra i beni dei loro tutori, o curatori, i quali possono essere invasi, se male avranno amministrato il patrimonio di essi (3): e finalmente il proprietario d' un fondo urbano appigionato gode di questa tacita ipoteca sopra le cose tutte trasferite in

(1) *L. 1. §. 1. Cod. de rei uxor. action.*
(2) *L. 46. D. de jur. fisc.*
(3) *L. 8. §. 4. Cod. de secund. nupt.*

in esso dall' affittuale, non solo a cauzione delle dovute pensioni, ma ancora per compensarsi con esse d'ogni deteriorazione, che patisse il suo fondo per colpa, o negligenza di colui, che lo prese a locazione (1).

§. XIV.

Le varie spezie, che può avere il pegno, e che abbiamo brevemente accennate conservano tutte le proprietà essenziali di questo contratto. Una di queste si è, che diasi ciò, che si dà, per sicurezza del credito. Ma in qual guisa forma il pegno codesta sicurezza? Non altrimenti, che col donare al creditore il diritto di ritenerlo in custodia, e poscia di farlo suo, o di alienarlo, pagandosi col ritratto, se anche dopo il tempo pattuito proroga il debitore il pagamento dovuto. Il pegno dunque servire dovendo alla sicurezza del credito, acciò rimanga estinto, e l'estinzione del medesimo giusta rendendo l'alienazione della cosa pignorata con quei modi, che avvertiremo in appresso; per conseguenza ne viene, che consentir debba nell'alienazione delle cose sue chiunque le dà in pegno altrui nell'ipotesi, che il debito soddisfatto non venga. E quindi pure ricavasi, che trasferire a titolo di pegno non si possono se non se i proprietarj, o quelli, che anno facoltà d'alienare le cose altrui, quali sarebbero i tutori, o curatori, ove trattasi del maggiore vantaggio dei pupilli, ed i procuratori d'altri, quando però abbiano di far questo una particolare

(1) *L.* 2. *D. in quib. caus. pign. contrahat.*

re licenza, o pure abbiano libera amministrazione degli affari da uno, cui sanno esser solito di dare pegno a quelli, da quali prende soldo in prestanza (1).

Da questo stesso principio parimenti ricavasi esser vero ciò, che Cajo asserì (2), potersi dare in pegno quelle cose soltanto, le quali possono e vendersi, e comperarsi: imperciocchè può essere il pegno alienato, e le cose capaci di vendita sono necessariamente capaci di alienazione. Dal che conchiudesi, che le cose sottratte al commercio, come le sacre, o sante, o religiose, esser non possono pignorate, e le controverse eziandio, e litigiose, delle quali in pendenza di giudizio è incerto il padrone legittimo. Quanto più dunque affermare dovremo lo stesso nel caso, che si dia in pegno cosa, che certamente sappiamo essere in dominio d'altri, ai quali sarebbe un'ingiustizia il levarla, e trasferire diritto di ritenerla nel creditore in sicurezza d'un debito, che il proprietario non ha contratto? quando però avvertito egli della libertà, che un altro si prese non ratificasse l'ipoteca, e volontariamente non cedesse le sue giuste ragioni. Se, dice Marziano (3), „ viene ipotecata una cosa senza che il proprie„ tario lo sappia, e poscia egli ratifica il con„ tratto, dovremo dire, che codesta sua ratifica„ zione si retrotragge a quel tempo, in cui l'„ ipoteca fu fatta."

Il riflesso del pubblico vantaggio impedisce, che

(1) *L.* 11. §. 7. *L.* 12. *D. de pign. action.*
(2) *L.* 9. §. 1. *D. de pign.*
(3) *L.* 16. §. 1. *D. de pign.*

che certi generi di cose possano essere dati in pegno. Che sarebbe dell' agricoltura, se gli aratri, ed i bovi, e gli altri necessarj stromenti per il lavoro delle terre, esser potessero tolti ai villani, e ritenuti per sicurezza d'un credito? Abbiamo leggi di Costantino, e dei successori di questo (1), le quali divietano l'asporto di tutto ciò, che è inserviente alla coltivazione della campagna sotto pretesto, e a nome di pegno, e condannano a pene arbitrarie i contraffattori.

§. XV.

Ogni pegno dassi in custodia al creditore per sicurezza del debito. Dunque il diritto, che in lui si trasfonde sopra le cose pignorate è un semplice diritto di ritenerle sino al soddisfacimento del credito suo. Se ne potesse far uso, potrebbe sminuirne o la massa, o scemarne il valore: dovrebbe restituirle, ma non più quali le ha ricevute, e quindi viene a costituirsi reo di furto non meno che il depositario, se contro l' assenso o espresso, o ragionevolmente presunto del proprietario, ne facesse egli alcun uso.

Che se il solo diritto di custodia, e di detenzione egli acquista, e ciò ad oggetto di assicurarsi il pagamento, la proprietà della cosa consegnata in pegno risiede nella persona del pignorante; e dovendo essere i frutti d' una cosa in dominio di chi è il padrone della medesima, ragion vuole, che i frutti tutti del pegno, che, detratte le spese necessarie, da esso raccolgonsi, siano

(1) *Leg. 7. 8. Cod. quæ res pign. obbligent.*

siano a vantaggio di quello, del quale pure è il pegno. Ora quegli, che lo ricevette, sarà forse privo della facoltà di raccoglierli? Ma questo ridonderebbe in danno piuttosto, che in vantaggio del proprietario. Raccolgali dunque, e se tali sono, che conservarsi non possano per restituirli, gli venda eziandio senza timore di violare la natura del contratto, e ritenga il ricavato per se: ma sappia, che imputare lo debbe a sconto del debito; e se fia, che i frutti lo pareggino, e lo compensino, il pegno si libera, e deve essere restituito al proprietario con tutti insieme gli avvanzi. Espresso è il sentimento delle leggi (1): „ I frutti ricavati dal pegno vanno a diffalco del „ debito, e se bastano alla di lui intera estin„ zione, cessa ogni azione, e liberasi il pegno: „ e se eccedono il debito, deggionsi restituire „ quei, che sopravvanzano. "

Il che essendo vero, se si considera la natura del contratto in se stesso, dubbio riesce, e controverso, qualora al contratto aggiungasi un patto espresso di lasciare al creditore il libero godimento de' frutti senza, che obbligato sia di computarli a diffalco del debito: patto, che non di rado si stipula, e che con proprio nome vien detto patto d'*anticresi*, o di *contruso*. Le leggi civili che risguardano questa convenzione, come una dipendenza del contratto medesimo nel caso, che cose fruttifere siano state date in pegno, accordano, che i frutti delle medesime appartengano al creditore, come interessi, ed usure legittime del suo capitale, che trovasi in mano del debitore,

 onde

(1) *Leg.* 1. *Cod. de pign. act.*

onde non sia tenuto a rifonderli a sconto del credito suo, almeno per quella quantità, che corrisponde ad un interesse mediocre, ed autorizzato dall' uso comune. „ Se interverrà patto di anti-
„ cresi, dice Marziano (1), e verrà il credi-
„ tore posto in possesso d' una qualche casa, o
„ fondo, egli ne conserverà il possesso a titolo
„ di pegno, sino a che resterà soddisfatto, e si
„ approprierà i frutti a pagamento delle usure
„ dovute, o coll' affittare gli stabili, o coll' abi-
„ tarli egli stesso, e coltivarli: " e Paulo (2):
„ Quando il debitore gode dell' uso del soldo al-
„ trui gratuitamente, può il creditore dai frutti
„ della cosa impegnata ritenersi le usure sino a
„ quel tanto, che la legge concede. "

Ma le leggi canoniche, le quali condannano indistintamente le usure, qualora non siano giustificate da un qualche titolo di lucro cessante, o di danno emergente, considerando, che in virtù di un tal patto verrebbe il creditore ad acquistare al di là della somma del suo capitale, anno riprovato generalmente l' anticresi, e la permettono dichiaratamente in due casi. Il primo ha luogo, quando un vassallo dà in pegno il suo feudo al signore, da cui lo ricevette. Questi ha diritto di far suoi tutti i frutti senza imputarli nel debito, purchè intanto liberi dal servigio dovuto il feudatario; e la ragione si è, perchè accordandosi il feudo a motivo d' un militare servigio, se questo dal feudatario dassi in pegno al signore, e se il signore lo esenta dalle obbligazioni del

(1) *L. 11. §. 1. D. de pign.*
(2) *L. 8. D. ex quib. caus. pign. tacite contrahat.*

del servigio, si riunisce il dominio utile col diretto, e non vi è più luogo all'usura (1). Il secondo ha luogo, qualora da un marito ricevonsi cose fruttifere in pegno della dote, che non gli fu ancora numerata, la quale dovendosi contribuire per sostenere i pesi attuali del matrimonio, è ragionevole cosa, che il danno, a cui soccombe il marito per la dilazione del pagamento della dote, sia compensato cogli interusurj dei fondi impegnati (2).

§. XVI.

Ma dalle leggi ecclesiastiche egualmente, che dalle civili rigettasi nel contratto pignoratizio un altro patto, il quale legge commissoria si dice, e consiste in una convenzione fatta tra il debitore, e il creditore, mercè della quale, se dentro un tempo d'accordo stabilito, soddisfatto non si è al debito principale; il pegno intero passato s'intende in dominio del creditore, come se venduto gli fosse, o dato in pagamento del debito. L'ingiustizia, ed esorbitanza d'un simil patto è manifesta. Il pegno è sempre mai d'un prezzo eccedente la quantità del debito. Se dunque tutto intero passasse in proprietà del creditore, egli verrebbe a ricevere molto più di quello, che ha dato, e così non vi sarebbe eguaglianza tra il credito, e il debito. Un uomo, che pressato si sente da un gagliardo presentaneo bisogno di soldo, accorda facilmente di cedere il pegno, o di per-

(1) *Cap.* 8. *de usur. Cap.* 1. *de feud.*
(2) *Cap.* 16. *de usur.*

perderlo. L'urgenza, che attualmente lo molesta, gli fa chiudere gli occhj sopra il suo danno futuro; la speranza di poter supplire all'impegno gli rende accettabili tutte le condizioni più aspre. Ma dovrassi per questo soffrire, che si abusino i più facoltosi della necessità, in cui si trovano i miserabili per ingojarne le sostanze? ,, Nò, dice ,, la legge (1), e giacchè fra tutte le cavillose ,, ingiuste maniere, colle quali tentano d'arri- ,, chirsi, la più odiosa si è quella del patto com- ,, missorio nel pegno, stimiamo ben fatto di an- ,, nullarne tutta la forza, e di abolirne persino ,, la memoria. Respiri col beneficio di questa ,, legge chiunque geme sotto il peso di un patto ,, tale: lo irritiamo già fatto, e vietiamo, che ,, in avvenire si faccia, e comandiamo, che i ,, creditori perdano il dominio acquistato dei pe- ,, gni, e ricuperino quello unicamente, che die- ,, dero. " Tale essendo la prescrizione della leg- ,, ge, sembra superflua la questione, che pure alcuni promuovono, se possa farsi un patto commissorio, rinunziando espressamente il debitore al benefizio, che gli viene accordato? Una tale rinunzia potrebbe ammettersi, quando la ragione della legge fosse il vantaggio de' particolari contraenti, e non già il pubblico bene. Ma come un figlio di famiglia indarno tenterebbe di rendere legittimo il mutuo, che riceve, col dichiararsi di rinunziare al privilegio impartitogli dal S. C. Macedoniano, il quale benefica bensì i figli, ma a solo fine della sicurezza de' padri, e ad oggetto d'impedire la rovina delle famiglie: così

(1) *L. 3. Cod. de pact. pign.*

così indarno rinunzia un debitore alla legge, che lo esime dalle conseguenze del patto commissorio, perchè il fine di questa esenzione non è già il vantaggio di lui, ma l'impedire l'aggravio de' poveri, ma il ridurre alla giusta eguaglianza il contratto: onde pur è, che se in un contratto si stipulasse assolutamente, che quando fra un certo tempo non si estingue il debito, s'intende ceduto il pegno al creditore, sempre però si sottintende, che ceduto sia coll'obbligo di restituire al debitore il prezzo, che sopravvanza del pegno.

§. XVII.

Da quanto abbiamo fin'ora osservato, chiaramente deducesi, che è questo un contratto, il quale è diretto allo scambievole vantaggio d'entrambe le parti. Quinci potremo inferire, che nè il possessore del pegno và immune dall' obbligo d'indennizare il proprietario, se il pegno appresso di se venga a perire per un qualche evento fortuito, che non è tenuto ad usare l'estremo d' una scrupolosa diligenza per custodirlo, ma che è però responsabile della perdita, e deteriorazione del medesimo cagionato o per sua mala fede, ovvero imputabile ad una sua negligenza, o al mancamento di quell'attenzione, che è consueto ad avere per le cose sue proprie.

§. XVIII.

Come nel contratto, di cui parliamo, anno il loro reciproco interesse tanto il creditore, quanto il debitore, così anno reciprochi i diritti, e reci-

proche le obbligazioni, e corrispondente alle obbligazioni, ed ai diritti reciproca l' azione eziandio. Quai sono i principali diritti del creditore? Egli riceve il pegno per sicurezza del pagamento. Codesta sicurezza non più avrebbe il suo luogo, se dovesse restituirlo prima d' essere rimborsato del credito suo. Ha perciò diritto di ritenerlo sino alla totale estinzione del debito. Io dico totale estinzione, perchè supposto, che avesse il debitore soddisfatto alla parte maggiore del debito, indarno pretenderebbe la restituzione, o la liberazione delle cose sue pignorate, ovvero ipotecate. Il residuo, quantunque poco, forma però porzione del debito; ed essendosi per cauzione di questo effettuato il contratto, ella mancherebbe, e resterebbe ancora debitore il contraente contro il fine della convenzione, se ridomandare egli potesse il suo pegno avanti dell' intero soddisfacimento del debito. Sentiamo la legge (1).
„ Debbe essere restituita la somma intiera del
„ soldo dovuto, o debbe chiamarsi per altra gui-
„ sa soddisfatto il creditore, affinchè conceder si
„ possa contro di lui azione per ridomandare il
„ pegno ".

Osservate l' alternativa, che usa la legge; O debbe essere effettivamente pagato, o deve essere soddisfatto il creditore. Un debito può esser tolto, e compensato anche senza un pagamento reale, e perciò prosiegue ella così: „ Intendiamo
„ doversi dire, essersi soddisfatto, qualunque poi
„ siasi la maniera, con cui restò pago il credi-
„ tore, o sia che voglia egli altri effetti in pe-
„ gno,

(1) *Leg. 9. §. 3. D. de pign. act.*

„ gno, diversi da quelli, che ha in mano, o
„ sia, che si contenti d' una mallevadoria sem-
„ plice; o che se gli ceda un credito, che ha
„ il suo debitore con altra persona; o che rice-
„ va un prezzo determinato per liberare il pe-
„ gno, che tiene; o che per semplice patto si ob-
„ blighi a restituirlo anche prima d' ogni paga-
„ mento: e generalmente asserire possiamo, che
„ qualunque volta lo stesso creditore rinunziò al
„ pegno suo, qualunque sia il modo, col quale
„ ebbe piacere d' essere assicurato, ancorchè poi
„ rimanesse scoperto, si considera come soddis-
„ fatto, e perde ogni diritto per ritenersi il pe-
„ gno ". Per altro senza il pagamento, o senza
il consentimento del creditore, il pegno continua
sino a tanto, che dura il debito: e aggiungerò
di più, che continua per ragione di altro debito
dipendente da un titolo diverso. Io sono credito-
re di Sejo. Mille scudi ei mi deve, perchè a
suo vantaggio, o per sua commissione gli spesi:
mille altri ei me ne deve per aver egli da me
comperata una casa, e per sicurezza di questo se-
condo debito, io esigei pegno da lui. Domando:
nel caso, che avessi io già ricevuti i mille scudi
dovutimi a titolo di vendizione, posso poi rite-
nermi il pegno a cauzione degli altri mille do-
vutimi per titolo di mandato? „ Non ci è dub-
„ bio rispose Gordiano (1); e voi giustamente
„ pretendete, che sieno rigettati i vostri debitori
„ ridomandantivi il pegno coll' offerirvi quel sol-
„ do, a cauzione del quale ve l' anno dato, se
„ prima non soddisfanno per l' altro debito ancora
„ assi-

(1) *Leg. 1. Cod. etiam ob Chyrograph.*

„ assicurato semplicemente con chirografo senza
„ intervento di pegno veruno ".

Se il creditore non rimane soddisfatto, o pagato, egli ha diritto di passare alla vendita delle cose impegnate. Il diritto di cauzione, che acquista pel suo pagamento, e in virtù del quale le custodisce, e ritiene, inutile gli diverrebbe, e dannoso forse anco, quando non producesse in lui il diritto di alienazione per redintegrarsi. Le può dunque alienare, le può trasferire in dominio d' altri, ritenendo per se ciò, che gli è dovuto, e dando il rimanente al suo debitore: ma guardisi bene di non trattenerle per se, o di non comperarle egli stesso, facendo fare ad altri la figura di compratore, affine di togliere ogni sospetto d'essersi avvantaggiato colle sostanze del suo debitore, il quale se proverà, che il pegno suo, senza ch' ei vi acconsentisse, caduto sia in mano del creditore, potrà per disposizione di legge, obbligarlo a restituirglielo, offerendo ad esso il prezzo medesimo col quale lo comperò, e gl' interessi, che mai potesse pretendere (1).

Riguardo però all' alienazione del pegno, fa di mestieri osservare secondo la dottrina d' Ulpiano (2), che in tre diverse maniere può farsi il contratto di pegno. Imperciocchè o si pattuisce espressamente di passare all' alienazione, quando dentro uno spazio prefisso di tempo il debito principale non venga estinto; o nulla espressamente resta pattuito circa l' alienazione; o espressamente si conviene, che l' alienazione non facciasi. Se il

patto

(1) *Leg.* 10. *Cod. de distract. pign.*
(2) *Leg.* 4. *D. de pign. act.*

patto d'alienare dopo un certo spazio di tempo fu apposto al contratto, non ci è dubbio, che il creditore non possa senza esitanza veruna alienare il pegno: non è tenuto a renderne avvisato il debitore, il quale debbe ritenersi in memoria le sue convenzioni; e solo richiedesi, che codesta alienazione non si faccia, se non se spirato l'ultimo giorno, e il momento ultimo del giorno, il quale chiude il tempo all'alienazione prefisso, essendo ben ragionevole, che ove si tratta del discapito altrui, incluso s'intenda dentro il termine assegnato l'estremo giorno del termine. E se pattuito si fosse di fare l'alienazione bensì, e di farla sotto certe maniere, ma nulla si fosse poi patteggiato riguardo al tempo; non potrà ella farsi prima, che le circostanze del fatto sufficientemente non dimostrino, essere affettato nel debitore l'indugio del pagamento, e che sia stato egli stesso prevenuto dal creditore con opportuno avviso d'un'imminente vendita della cosa sua, quando impedir non la voglia col sollecito non procrastinato soddisfacimento al proprio dovere.

Che se non intervenne patto alcuno di vendita, come egli è certo, che può non pertanto il creditore eseguirla, affinchè utile in qualche modo gli divenga il contratto; così necessarie gli si rendono le seguenti avvertenze. Liquido essendo, e confessato il suo credito, ammonisca con estragiudiciale scrittura, o in altro sicuro modo il debitore dell'intenzione sua di vendere il pegno in difetto del pagamento. Essendo contenzioso, e ad altercazione soggetto, lo faccia sentenziare, e autorizzare dal giudice, e del decreto seguito ne faccia al debitore avere notizia. Dal giorno poi

della

della sentenza, o dell'avviso estragiudiciario secondo i due sovraesposti diversi casi, dee soffermarsi per anni due, per attendere pure, se si determini il debitore a pagarlo; trovandolo ricredente anche dopo, sia in suo arbitrio il venderlo, e legittima, e sicura ne sarà con tali condizioni la vendita (1).

Ma se inserta fosse nel contratto la convenzione di non alienare, dovrà ella essere perpetuamente osservata? Essa ripugna alla natura del contratto; essa rende inutile al creditore il suo pegno. Qual forza avrà dunque? L'hanno determinata le leggi col decretare, che in questo caso invece d'un solo previo avvertimento, tre se ne facciano al debitore, frapponendo tra l'uno, e l'altro conveniente intervallo secondo il costume, o ad arbitrio del giudice; e ciò sotto pena di nullità della vendita, e di essere il venditore condannato di furto. Fatti i tre avvertimenti, aspettasi anche in questo caso un biennio, compito il quale, è permessa, e resa valida l'alienazione del pegno.

L'osservanza di tutte, e ciascheduna di queste formalità non debbe essere trascurata. L'alienazione d'un pegno eseguita a tenore delle prescrizioni giuridiche è irretrattabile, e non soggetta a pericolo. Quand'anche si scoprisse, che la cosa ricevuta in pegno, e venduta, non fosse propria del debitore, ma di ragione di un terzo, và esente contuttociò il venditore dall'obbligo dell'evizione, e basta solo, per sentimento d'Ulpiano (2), ch'ei

(1) *Leg. 3. §. 2. Cod. de jur. domin. impetrand.*
(2) *Leg. 39. D. de eviction.*

ch'ei ceda l'azione sua al compratore, acciò rivolgersi egli possa contro il pignorante. Eseguita all'opposto contro le legali preordinate prammatiche, diventa nulla, e senza effetto, e resta obbligato il venditore e a procurarne la rescissione, e a soccombere a tutti i danni, ed interessi, che il debitore allegasse.

§. XIX.

Dal diritto di cauzione, che dona il diritto d'ipoteca, od il pegno sopra una cosa, ne nasce il diritto di prelazione, che anno i creditori ipotecarj sopra tutti gli altri creditori, chirografarj, e non privilegiati, per pagarsi sopra le sostanze del debitore. Fallisce un negoziante: muore un altro carico di debiti: i beni dell'uno, le facoltà dell'altro sono invase da una schiera di creditori: piovono sequestri da tutte le parti. Chi sarà preferito nel pagamento? Distinguiamo le spezie dei creditori. Ve n'ha di quelli, i quali ripetono identificatamente certe cose loro proprie, che trovansi nella massa degli effetti del defunto, o del fallito, come sarebbero i depositarj, o i commodatarj: e questi senza contraddizione debbono essere a chiunque altro preferiti, perchè null'altro ricercano fuorchè il suo. Ve n'ha di quelli, i quali possono aver diritto d'ipoteca, o di pegno sopra la medesima cosa; e ve n'ha di quelli, i quali hanno credito fondato sopra un qualche contratto, ma senza cauzione reale, e soltanto avvalorato, e provato da scrittura confessionale del debitore.

Ora abbiamo già detto, che a fronte de' creditori

ditori di proprietà, sono posposti gl' ipotecarj; ed ora diremo, che a fronte de' chirografarj, e di altri non privilegiati, anteposti sono gl' ipotecarj. Quì dobbiamo soltanto discutere, a quale tra più creditori, e tutti ipotecarj, il privilegio si accordi d' essere preventivamente pagato nel caso, che il patrimonio del debitore non sia sufficiente per tutti.

Distinguiamo prima, se data in pegno sia una cosa così, che uno ne abbia attualmente il possesso, quantunque nel medesimo tempo, ovvero dopo, sia stata ad altri obbligata; o pure se a molti sia stata successivamente obbligata, ma però non trasferita in possesso d' alcuno; ovvero finalmente se data sia in possesso d' alcuno, dopo che fu ad un altro preventivamente obbligata. E Tizio, e Sejo sono miei creditori: ad entrambi io assicurai il rispettivo lor credito sopra una medesima cosa: non rilevasi a quale dei due io l' abbia costituita in pegno prima dell' altro; ma è certo che ora trovasi in mano di Tizio, e ch' ei la possiede. Entrambi sono creditori; entrambi creditori ipotecarj; entrambi preferiti agli altri creditori, i quali non anno azione reale; entrambi ascrivono ad un medesimo tempo il loro diritto; tutto è eguale fra essi. Qual dunque sarà il titolo, che faccia piegare a favore d' uno la bilancia d' Astrea, quando non basta il pegno a pagarli ambedue? Il titolo appunto sarà l' attuale possesso, che ne ha uno, e che superiore all' altro lo rende. Questo vuol significare il celebre assioma legale, e di cui un così grande abuso se ne è fatto: che in parità di titolo, o in dubbio eguale di ragione, è sempre migliore la condizione

del

del possessore, e questo è ciò, che nella questione presente ha definito Ulpiano (1). „ Se un „ debitore avrà obbligato nel medesimo tempo „ a due creditori le cose sue solidariamente; ambedue solidariamente potranno servirsi dell'azio„ ne Serviana contro gli altri creditori: ma se „ nascerà questione di preferenza fra di essi, più „ avvantaggiata sarà la condizione del possessore ".

Che se fra più creditori ipotecarj siavi differenza di tempo, onde ad uno prima, e ad altri poscia, sia stata la medesima cosa obbligata, o data in pegno; l'anteriorità del tempo dona la preferenza nel pagamento, ed ha luogo in questo caso altro assioma legale: chi gode anzianità di tempo, gode pure anzianità di diritto; onde è, che fra più creditori, quegli, che vantar può ipoteca o generale, o tacita, costituitali precedentemente agli altri, esige il pagamento prima ancora di quelli, che posteriormente ottennero sopra la medesima cosa l'ipoteca, quantunque espressa, e speciale (2). Ogni ipoteca o tacita, o espressa, o generale, o speziale è diretta ad un medesimo fine; produce il medesimo effetto, cioè la cauzione del debito. Nell'eguaglianza dunque d'un diritto comune a più persone, entra in linea di conto il tempo più, o meno anticipato dell'acquisto di tal diritto, per dar la preferenza ad uno sopra dell'altro.

Dal che ne avviene, che basti un qualche altro titolo per anteporre un creditore ipotecario anche a quello, che ebbe diritto di pegno avanti di

(1) *Leg.* 10. D. *de pign.*

(2) *Leg.* 2. §. 12. *D. L.* 8. *Cod. qui pot. in pign. habeant.*

di lui. Viemmi costituita in pegno una galera: io la ricevo; e per renderla atta alla navigazione, e spalmarla dò in prestito del soldo al proprietario, il quale preventivamente aveala ipotecata ad un altro. Ecco la definizione d' Ulpiano (1): „ Alle volte il più recente creditore „ deve preferirsi al più anziano; e ciò addiviene, quando nella cosa ipotecata si spese quel- „ lo, che prestò il secondo creditore, come, se „ datami in pegno una nave, io diedi soldo in „ prestanza per corredarla, e raggiustarla. " Vuole un altro comprarsi un fondo, ma non ha la somma convenuta: ricorre da me: io gliela somministro, e patteggio, che restimi ipotecata sino alla restituzione totale dell' imprestito. Questo fondo medesimo era già assegnato in cauzione ad altri. E pure Diocleziano, e Massimiliano rescrissero (2): „ Sebbene nel caso, che a creditori „ diversi, e in diverso tempo si diano le cose „ stesse in sicurtà, i più anziani debbano anteporsi agli altri, pure dichiarato fu per autorità „ delle leggi, doversi a tutti preferire quel cre- „ ditore, il quale proverà essersi fatto l' acquisto „ del fondo ipotecato col soldo suo, e sotto con- „ dizione, che a lui rimaner dovesse ipotecato. "

La diligenza di notificare negli atti pubblici l' istromento d' una convenzione privata, rende superiore agli altri creditori che li prevenne col darne notizia al pubblico. Uso egli è questo fra di noi ricevuto, e dalle Romane leggi autorizzato (3). Ma sopra tutti gli altri creditori gode pri-

(1) *Leg.* 5. *D. eod. tit. ut supr.*
(2) *Leg.* 7. *Cod. eod. tit.*
(3) *Leg.* 11. *Cod. in eod. tit.*

privilegio di anzianità la moglie, per ricuperare la dote, già effettivamente al marito esborsata, la quale avendo legalmente obbligate le sostanze tutte del marito, resta preferita ai creditori personali anteriori, ed agli ipotecarj posteriori, sebbene abbiano sopra di esse particolare espresso diritto di pegno (1).

§. XX.

Risultano questi diritti nel creditore dalla natura stessa del contratto, e dalla medesima pure risulta in esso lui l' obbligazione di restituire il pegno, e i frutti percetti, ricevuto ch' abbia il suo pagamento; di custodirlo frattanto con buona fede, e diligenza, e di fare le spese necessarie per conservarlo. Dalla natura altresì del contratto medesimo restano determinati i diritti, e le particolari obbligazioni del debitore, e datore del pegno. Imperciocchè essendo il fine di esso la cauzione del pagamento; questo seguito, compete a lui, ed agli eredi suoi legittima facoltà di domandarne la restituzione in un coi frutti, e colla compensazione de' danni, e deterioramenti, che per mala fede, o negligenza colpevole, e trascuratezza d' attenzione fossero cagionati nelle cose impegnate. E comecchè il pagamento dicesi seguito, ogni qualvolta dassi al creditore ciò, a che eravamo tenuti, in qualunque modo poi, e per mezzo di qualunque persona si dia: così per l' effetto di riavere il pegno, potrà dire il debitore di aver pagato, tanto se egli del proprio, quan-

(1) *Leg*, 1. *Cod. de rei uxor. act.*

to se altra persona del suo soddisferà il creditore, e tanto se questi lo sa, quanto se lo ignora, ed anche se non acconsente. Quindi è, che e si può compensare il debito assicurato dal pegno col credito, ch' io aver potessi seco lui, e che tanto mi giova dare il mio soldo ad esso direttamente, quanto il saldare un debito, ch' esso tenesse con altri; e tanto il fare in sua mano effettivamente lo sborso, quanto il depositare la somma dovuta col dichiarare di renderlo padrone di prenderselo nel caso, che da me offerta, non l' avesse voluta egli ricevere (1); e tanto sarebbe, che avessi io coll' attuale esborso, o in altra guisa liberato il pegno, quanto se egli me lo restituisse ultroneamente, o il chirografo, e l' istromento mi desse, il quale fa fede del debito. (2).

Vanno aggiunte le obbligazioni ai diritti; è tenuto il debitore a non impedire il creditore nell' esercizio di tutto ciò, che gli accorda la legge relativamente alle cose obbligategli. E' tenuto a sostituire altro pegno opportuno, ed idoneo in luogo dell' altro o insufficiente, o non libero, ed alienabile, che dato prima gli avesse. E' tenuto al risarcimento delle spese utili, o necessarie, che per conservarlo fatte si fossero, ed alla reintegrazione de' danni, che per ragione del pegno avesse il creditore sofferto.

Affine poi di ottenere l' uso di questi rispettivi diritti, e l' adempimento di queste obbligazioni scambievoli, e il creditore, e il debitore del pari hanno l' azione pignoratizia, la quale Ipotecaria anco-

(1) *Leg.* 11. §. 5. *D. de pign. act.*
(2) *Leg.* 7. *Cod. de remiss. pignor.*

ancora, e Serviana suol dirsi. Ella nel debitore, e ne' suoi eredi è diretta contro il creditore, e i di lui eredi, per ottenere, estinto il debito, la liberazione, e restituzione intera del pegno. Ella nel creditore, e ne' suoi eredi è contraria, ma utile però per domandare al debitore, ed agli eredi il rimborsamento delle spese fatte necessariamente; la sostituzione di un buono, e sicuro, invece di un pegno disadatto, e mal sicuro; e l'esercizio di que' diritti che seco porta la natura, e qualità del contratto.

Del Contratto di Comodato.

§. XXI.

La moltiplicità de' bisogni, ond' è assediata la vita, e impotenza di supplire a tutti per mezzo delle sole forze nostre, e delle cose, che abbiamo in dominio, esige da noi il ricorso all'ajuto degli altri, e un sentimento d'umanità, o di gratitudine, o l'allettamento dell' interesse determina gli altri a concedergli l'uso delle cose loro o gratuitamente, o colla corrisponsione d'una pattuita mercede. Quando si convenga di dare, e realmente si dia ad altri una cosa, acciò ne facciano l'uso, che bramano e poscia ce la restituiscano, quale l'hanno ricevuta, e quando codesto uso venga accordato senza debito di stabilita gratificazione, e mercede, formasi un particolare benefico, e non oneroso, e reale contratto detto comodato, come comodante dicesi quegli, che presta la cosa ad uso, e comodatario quegli, che la riceve. Però definirlo possiamo: un contratto,

nel quale dassi gratuitamente una cosa affine, che il ricevente ne faccia un uso certo, e determinato, e la restituisca poscia identificatamente quale la ricevette da noi.

Dannosi cose ad uso. Tutto ciò dunque, ch' essere può utile ad altri, può essere materia del comodato; non solo le cose mobili, ma le immobili ancora; e non solo le corporali, ma le incorporali eziandio, non essendovi contraddizione veruna, che possa a certo fine, e per certo tempo accordarsi l'uso dell'abitazione, del passaggio, della strada, o d'altra servitù, qualunque ella sia; e non solo le cose proprie, ma quelle ancora, che sono in dominio d'altri, qualora il comodato non oltrepassi quel diritto, che al proprietario appartiene. Il comodato non trasferisce il dominio, ma solo il possesso, e il semplice uso determinato. Suppongasi dunque, ch'io abbia l'usufrutto d'una casa, o di un fondo: *egli è vero*, che non ne sono il proprietario, ma potendo ritrarne tutti i frutti, e gli avvantaggi possibili, purchè ne sia salvata la sostanza, come è in mia facoltà l'affittarla, o il venderla, riguardo all'usufrutto, che mi si deve, perchè non potrò io concederne l'uso o per comodato, o per precario (1)? Le sole cose, che sono distruggibili per l'uso, il quale necessariamente seco porta il loro annichilamento, non possono divenir materia di questo contratto. Imperciocchè come farne l'uso, e poscia restituirle numericamente le stesse? „ Non si può dare in prestito cosa, che „ è soggetta a consumarsi all'uso, quando non „ ce

(1) *Leg.* 12. §. 2. *D. de usufr.*

„ ce la domandi alcuno per farne soltanto pom-
„ pa, e comparsa, in quella guisa, che ricercasi
„ talvolta quantità di soldo, non già per ispen-
„ derlo, ma così per farlo vedere, e farci crede-
„ re facoltosi, e ricchi (1). "

Dannosi in questo contratto ad uso gratuito. Ella è questa una proprietà, che lo distingue da quello di locazione, mercè di cui l'uso si accorda bensì, ma si esige, e si stipula una determinata mercede. Tutto disinteressato è il comodato: tutto diretto al benefizio, e non all'aggravio di chi lo riceve. „ Tralascia d'essere vero co-
„ modato quando non è assolutamente gratui-
„ to (2). "

Dannosi unicamente ad uso, e questo ancora certo, e determinato. „ Noi, dice Pomponio (3),
„ conserviamo e la possessione, e la proprietà
„ delle cose, che diamo a titolo di comodato,
„ e nessuno col prestarle le fa di quello, al qua-
„ le le presta. " Basta bene, ed è sempre un atto di offiziosità, e cortesia, che le accordiamo a quell'uso, per cui domandate ci vengono, e che prescriviamo ancora i modi, e le limitazioni dell'uso. Il farne uso diverso, l'alterare le condizioni, e le riserve dell'uso prescritto, sarebbe violare il contratto, ed abusarsi di ciò, che non è suo ad onta della volontà del padrone. Quinci inferire possiamo, che siccome legittimamente, e senza taccia di delinquenza, o senza pericolo d'imputazione può servirsi il comodatario della cosa

(1) *Leg.* 3. §. 6. *Leg.* 4. *D. com.*
(2) §. 2. *h. tit.*
(3) *Leg.* 8. §. 9. *D. com.*

sa prestatali dentro i confini di quell'uso, per cui domandolla, e pel quale concessa gli fu, così ed è responsabile di qualunque accidente, e questo ascritto gli sarà a sua colpa, e delitto, e sempre sarà considerato reo di perfidia, e di furto, se travalicherà i fissati confini dell'uso concesso, il quale per legge di convenzione gli resta unicamente accordato. Le leggi ci porgono e dottrine, ed esempj. Io presto ad un amico un mio cavallo: ne determino l'uso, per portarsi a Verona. La bestia indebolita, e fiacca patisce gagliardamente nel viaggio, non già o per la poca destrezza in guidarla, o per carriera smodata fattale fare dal cavaliere: il comodatario è forse tenuto alla riparazione di questo male accaduto? Non lo sarà, risponde Pomponio, ed anzi la colpa tutta sarà del comodante medesimo (1), il quale prestò per un viaggio un destriero incapace di reggere: onde generalmente fu stabilito (2), che chiunque riceve a comodato, supposto che a quell' uso della cosa si servi, del quale si convenne, obbligato non sia a compensarne il deterioramento senza sua colpa avvenuto. All'opposto suppongasi, che domandato mi venga un cavallo per uso di viaggio, e invece condotto sia alla guerra, ed ivi ad onta di ogni diligenza usata dal comodatario, rimangane ucciso: suppongasi, che richiesta mi fosse l'argenteria per servirsene ad un convito, e che il comodatario seco portandola altrove, gliela involino gli assassini per istrada: suppongasi, ch'abbia io prestato un mio servo per

im-

(1) *Leg.* 23. *D. eod.*
(2) *Leg.* 10. *D. eod.*

imbiancare le muraglie al piano, e che facendolo lavorare il comodatario sull'armatura, caduto, o storpiato, oppure accoppato si sia. Domandiàmo alle leggi, e diranno, che in questi casi, e simili, indarno si allega la sfortuna, e l'accidente, e che per condannare il comodatario ragione sufficiente ci presta l'arbitrio preso d'impiegare la cosa in uso diverso dal pattuito (1).

Dobbiamo temprare però il severo rigore di queste, per altro giuste, sentenze, colla dottrina insegnataci da Giustiniano, ed avvertire (2), che quelli, i quali uso fanno delle cose prestate, in allora commettono furto, quando consapevoli sono di farlo con dissenso del padrone, il quale non lo avrebbe permesso, se l'avesse saputo; ma che rei non sono di colpa, se credevano d'ottenere il di lui consentimento, e che questa distinzione è buona, perchè furto non si dà senza intenzione, ed affetto di rubare.

Dannosi, perchè siano restituite in individuo. Chi infatti sarebbe, il quale senza utile alcuno suo proprio, spogliarsi volesse delle cose sue, e darle ad altri, acciò poi guaste, o rovinate gli fossero restituite? Non è forse un tratto di cortesia il permetterne l'uso, e chiedere il compenso di quel deterioramento, che seco indispensabilmente porta l'uso medesimo accordato? Ragionevolmente fu decretato (3): „ che se verrà restituita la cosa comodata, ma resa peggiore, non „ si avrà per restituita senza la compensazione „ del

(1) *Leg.* 5. §. 7. *Leg.* 23. *D. eod. tit.*
(2) §. 7. *de obbligat. quæ ex delict. nascunt.*
(3) *Leg.* 3. §. 1. *D. com.*

„ del decrescimento, essendochè propriamente di-
„ cesi non restituito ciò, che è deteriorato nel
„ prezzo. "

Dannosi, acciò siano restituite, finito l'uso, per cui furon date. Egli è vero, che il comodato si fa ordinariamente in grazia di chi riceve; è vero, che non può essere costretto alcuno a prestare le cose sue; ma è vero altresì, che condiscendendo una volta il padrone a prestarle, non è più in suo arbitrio il ripeterle avanti, che se ne sia il comodatario servito. Se ciò farsi potesse, il benefizio altrui potrebbe rivoltarsi in suo danno, e sentire discapito d'onde avea sperato di ricever dell'utile. L'obbligazione è contratta di prestare quelle cose, che sono atte all'uso richiesto, e di lasciarle sino al compimento dell'uso. Sarebbe un mancar di fede, somministrare ad un amico, che si ritrova in bisogno, e che in noi si confida, e chieder poi ciò, che si diede ad un certo fine, ed a un tempo determinato, prima dell'ottenimento del fine, e della venuta del tempo. Perciò ebbe a dir Cajo, e Paulo (1):
„ Se tu mi prestasti il tuo libro da scrivere,
„ acciò in esso un mio debitore mi facesse una
„ cauzione in iscritto, farai male ridomandando-
„ melo immaturamente: Me lo dovevi negare,
„ ed io n'avrei comperato uno, o pure mi sa-
„ rei servito di testimonj. Così se per puntella-
„ re una mia casa cadente, mi avessi tu pre-
„ stato de'legni viziati, ovvero avvertentemente
„ de' vasi muffati, onde il vino, e l'olio in
„ essi infuso siasi o guasto, o perduto; meriterai
„ d'es-

(1) *Leg.* 17. §. 13. *Leg.* 18. §. 3. *D. com.*

„ d' essere condannato per questo. Il benefizio,
„ ch' io da te mi attendeva, doveva avvantag-
„ giarmi, e non ingannarmi." L' unica conveniente ragione, per cui ripetere si possa il comodato prima anche dell' uso, sarebbe l' emergenza d' un caso straordinario, il quale ponesse in necessità il comodante di prevalersi delle cose comodate; il qual caso eccettuato s' intende nel contratto medesimo, e a cui non saprebbe il comodatario stesso opporsi con equità, non essendo giusto che si rivolga a mio danno il benefizio, che faccio.

§. XXII.

Essendo il comodato un contratto, il quale si fa unicamente in grazia di chi riceve, e con incomodo di chi dà, potrebbe sembrare superfluo il discorrere a qual diligenza, e di qual colpa sia tenuto il comodatario per la custodia delle cose ricevute, bastando applicare la generale dottrina, che si è stabilita di sopra. Pure giacchè molte controversie sogliono muoversi concernenti l' imputazione della colpa in questo contratto, stimiamo opportuna cosa il discorrerne particolarmente.

E quantunque sia vero, che il comodato ordinariamente suol farsi in grazia soltanto di chi lo riceve, con tuttociò circostanze vi sono, nelle quali l' uso delle cose si trasferisce in altri alle volte in grazia tanto di chi le riceve, quanto di chi le presta, ed alle volte in grazia unicamente di lui, che le presta. Le leggi stesse questa definizione c' insegnano. Ci siamo accordati d' invitare a pranzo un amico comune, col patto di dover io somministrare l' occorrente argenteria, e

dover

dover l'altro accudire al condimento, ed imbandigione delle vivande. Ecco un caso, nel quale il comodato ha per oggetto utilità, e convenienze reciproche. Immaginiamo, che in casa dell' amico, ove si fece il convito, rubata fosse l'argenteria, che prestai. Alla prestazione di che colpa sarà egli obbligato? a quella soltanto, risponde Cajo (1), a cui è tenuto il creditore d'un pegno, e il possessore d'una dote. Ma il marito riguardo alla custodia della dote, e il creditore riguardo alla custodia del pegno, viene obbligato ad una esatta diligenza bensì, ma non poi ad una rigorosissima scrupolosa attenzione. A tanto dunque, e non più sarà tenuto anche il comodatario in questo caso.

Fingiamoci uno sposo, il quale piacere avendo, che la futura sua moglie comparisca in gala sfarzosa ad un festino, o ad un pubblico qualunque altro spettacolo, le mandi e gioje, e perle, e preziosi altri ornamenti, onde si abbigli: o che uno in posto riguardevole solenneggiare volendo il giorno natalizio suo, o la sua elezione a qualche dignità con magnifica teatrale rappresentanza, presti egli stesso o gli abiti scenici agli attori, o le lumiere per adornare, e rischiarare il teatro: e domandiamo ad Ulpiano, qual grado di diligenza possa egli esigere, o dalla sposa, o dalle genti di teatro; ed ei ci dirà (2): che essendo fatto il contratto in questo caso a solo riflesso, e per solo piacere del comodante medesimo, vanno esenti i comodatarj da qualunque obbligo di com-

(1) *Leg.* 18. *D. com.*
(2) *Leg.* 5. §. 10. *D. eod. tit.*

compensazione de' danni, che patito avessero le cose prestate, quando non ne avesse data occasione o la loro mala fede, o la loro negligenza inescusabile, ed eccedente.

Ma qualunque volta il comodato ridonda unicamente in vantaggio del ricevente, come d'ordinario succede, non basta già, ch'ei lo custodisca in quella guisa, che suol custodire le cose sue della stessa spezie, e dello stesso valore, ma è necessario, che usi tutta quell'attenzione, e diligenza, che usata avrebbe per guardare una cosa sua d'estrema importanza, e per cui avesse un ardentissimo desiderio, ed affetto. Una tale condizione si sottintende in questo contratto; perchè altrimenti chi troverebbesi mai, il quale volesse dare ad altrui le cose sue senza la sicurezza, che fossero colla più esatta diligenza custodite? Ecco la legge (1): „ Quegli, che ricevette cose per uso suo in virtù del contratto è tenuto „ a prestare diligenza esattissima per custodirle; „ nè bastagli di usarla in quel grado, con che „ suole custodire le sue, quando provar si possa, „ ch'altri ne soglia avere un maggiore. "

Riguardo ai casi fortuiti, se il comodatario non pattuì espressamente di soccombervi, o se il comodato non fu dato a stima col patto di doversi restituire il prezzo fissato, e non già la spezie per qualunque causa ella venisse a perire, rammentiamoci la differenza accennata fra quei casi, i quali del tutto dipendono da una combinazione di cause inevitabili, e imprevidibili, l'effetto delle quali sarebbe avvenuto, ancorchè in mano del pa-

(1) *Leg.* 1. §. 4. *D. de obbligat. & action. Leg.* 18. *D. com.*

padrone stata fosse la cosa; e quelli, ai quali diede occasione una qualche azione dell'uomo, di cui però non ne previde egli le conseguenze, dalle quali, come da una serie di cause subalterne, nacque poi la perdita della cosa prestata. Imperciocchè, come nel primo caso sarebbe una vera inumanità il voler costringere il comodatario alla reintegrazione d'un danno, di cui egli non è l'autore, e di cui non promise in modo alcuno il pagamento, così possiamo asserire nel secondo, che quella, qualunque siasi, mancanza di esatta diligenza guardinga nel commettere un'azione o positiva, o negativa, dalla quale poi venne la perdita della cosa comodata, reo lo rende di colpa, e responsabile d'un accidente, che in altri contratti potrebbe considerarsi per meramente fortuito.

§. XXIII.

Anche da questo due azioni sono prodotte, l'una diretta, e l'altra contraria. Compete la prima al comodante, e suoi eredi contro la persona del comodatario, e degli eredi per isforzarli alla restituzione della cosa prestata, e del suo reintegramento, se restituita fosse deteriorata, e del pagamento, se appresso di loro fosse andata a male per colpa imputabile ad essi. Concedesi l'altra al comodatario contro la persona del comodante per obbligarlo a non ridomandare la cosa prestata anzi il tempo dovuto; a risarcire i danni cagionati per aver date appostatamente cose inutili, o nocive per l'uso convenuto; a compensare le spese straordinarie, e notabili, che fossersi fatte per conservare la cosa comodata. Terminia-

miniamo colle parole della legge (1): „ Pos-
„ sono intervenire giuste cause, per le quali
„ si ha azione contro del prestatore; come per
„ le spese fatte nella malattia d'un servo, per
„ ricuperarlo, se fosse fuggito. Dico le spe-
„ se nella malattia, perchè quelle degli alimen-
„ ti vanno a carico di quello, che ne' ricercò
„ l'uso. Di più s'intende delle spese per malat-
„ tia, o per fuga, che gravose siano, ed ecce-
„ denti: se sono leggiere vanno a peso del co-
„ modatario come si è detto delle cibarie."

Del Contratto di Mutuo.

§. XXIV.

Vi sono certe spezie di cose, alle quali o per la perfezione loro, o per l'affetto particolare, che ne ha il proprietario, non se ne può sostituire alcun'altra, la quale e per gli usi, e pel valore, e per le qualità tutte sia la medesima: e certe ve ne sono, alle quali sostituir se ne possono altre, le quali avendo lo stesso valore, le stesse qualità, e prestando i medesimi usi, divengono fra di se pienamente indiscernibili. Sembra, che la provvidenza abbia accordato una tale natura a quei generi spezialmente, i quali sono i più necessarj alla vita dell'uomo. L'usare di essi è un distruggerli; ma distrutti, che siano, rimpiazzare facilmente con altri si possono, e subito che o la quantità, o il peso, o il numero è il medesimo e medesimo è il loro prezzo, nulla ci serve l'ave-

(1) *Leg.* 18. §. 2. *D. com.*

l'avere nello stesso genere una spezie piuttosto, che un'altra. Date, ch'io abbia cento zecchini; date ch'io abbia un moggio di frumento d'un peso determinato: cangiate i zecchini in altri zecchini dello stesso conio, e valore: cangiate il frumento, e sostituitegli del diverso, che abbia il peso, e sia della stessa misura; io crederò d'avere la medesima spezie, avendone un'altra, giacchè gli stessi effetti, e gli usi stessi mi produce. E se i filosofi ci dicono essere identiche quelle cose, l'una delle quali si può sostituire all'altra, quando salvi sono i predicati assoluti, ed ipotetici di ciascheduna: possiamo dire del pari, posseder noi la medesima cosa, ancorchè sostituita un'altra ci venga, nella quale troviamo i predicati tutti, ed assoluti, e condizionati, che avea la prima.

Ciò stabilito, come per acquistare l'uso di quelle cose, che per esso non si consumano, ma rimangono le medesime, si trovò un particolare contratto, così per acquistare diritto di consumare coll'uso le cose altrui, un altro se ne inventò, a cui si diede il nome di Mutuo. E come nel comodato il proprietario ritiensi il dominio delle sue cose, perchè adoperar si possono senza distruggersi, così nel mutuo trasferire necessariamente si deve il dominio, perchè le cose, che in esso si danno, non possono usarsi senza consumarle. Finalmente, come nel comodato debbesi restituire la cosa comodata in ispezie, così nel mutuo debbesi restituire non già numericamente la stessa, il che sarebbe impossibile, ma la stessa in genere, e cogli stessi predicati di quantità, di qualità, e di valore, i quali rendono surrogabile

una

una cosa all'altra, e la costituiscono la medesima. Tutto questo volle Paulo insegnarci, ove dice (1). „ Quando diamo in prestanza, diamo
„ per ricevere non più la spezie stessa, che data
„ abbiamo, perchè in allora sarebbe o comoda-
„ to, o deposito, ma per ricevere il medesimo
„ genere: e però materia del mutuo sono quelle
„ cose, che ricevono numero, peso, e misura:
„ col darle diventiamo creditori, e le ricuperia-
„ mo non già, se restituita ci venga la spezie,
„ ma se dato ci sia l'equivalente nel medesimo
„ genere ".

Queste prenozioni ci somministrano un' idea sufficiente del mutuo. Esso è un contratto reale, in cui si danno in dominio altrui cose, l'uso delle quali è inseparabile dal distruggimento, e si danno gratuitamente, acciò restituito ci venga l'equivalente nel medesimo genere. Ecco dunque le determinazioni essenziali di questo contratto. Bisogna dare attualmente: bisogna dar cose, che distruggonsi coll'usarle: bisogna darle gratuitamente; bisogna darle coll'obbligazione, che ci venga restituito l'equivalente; bisogna, che restituiscasi l'equivalente nel medesimo genere.

§. XXV.

Perchè abbia esistenza il contratto, è necessario in primo luogo, che ci sia tradizione attuale. Non confondiamo il patto di mutuo al mutuo. Il patto indica la volontà, e impone l'obbligazione di fare il contratto, ma non lo rende già fatto.

(1) *Leg. 2. D. de reb. cred.*

fatto. Ciò, che lo fa, è la tradizione, e l'accettazione attuale. Se la sola promessa di dare in prestito formasse il contratto, ne verrebbe, che se uno promettesse di prestare a chi è padre di famiglia, e prestasse poi al medesimo reso già figlio per adozione, contra di questo opporre più non si potrebbe l' eccezione del S. C. Macedoniano, il quale irrita il mutuo fatto co' figli di famiglia. Ora Scevola dice (1), aver luogo il Macedoniano, quando si presta ad uno già reso figlio, a cui si aveva promesso, mentre era padre di famiglia, perchè l'attuale numerazione del soldo è quella, che crea, e produce l' obbligazione del credito. Dunque l' attualità della tradizione, e non la promessa, o il semplice patto, dona l' esistenza al contratto del mutuo.

Osservare non ostante conviensi, ch' essendo di due spezie la tradizione, altra vera, la quale si fa colla fisica traslazione d'una cosa da una mano in mano d'un altro, ed altra finta, quando tale traslazione veramente non si fa, ma pure l' autorità delle leggi la considera come fatta: per verificare il mutuo è sufficiente l' intervento d'una tradizione finta in difetto d'una vera. Non sono rari gli esempj di queste finte tradizioni. Uno ha cento scudi di mia ragione in deposito. Gli è vietato il servirsene. Mi domanda l' uso: glielo permetto. Fingesi fatta la consegna, e principia a dovermeli a titolo d'imprestito. Un altro mi prega di prestargli certa somma; non ho in pronto il denaro; gli dò un pezzo d'argento, o di oro, acciò lo venda, e si servi del prezzo ricava-

(1) *Leg. 6. D. ad S. C. Maced.*

cavato: lo vende, e ritiensi il prezzo. Il mutuo è già fatto. Un mio procuratore riscuote a mio nome del soldo da' miei debitori: me lo avvisa, e mi dice d' averne egli bisogno: accordo, che se lo ritenga: come se io l' avessi già effettivamente ricevuto, e susseguentemente dato glielo avessi, ebbe luogo il contratto (1).

§. XXVI.

Materia di questo contratto sono le cose, che dai Giureconsulti sono dette fungibili, e delle quali non si può far uso senza che la loro forma, e sostanza venga a perire, e consumarsi o naturalmente, o civilmente, e che possono essere facilmente supplite, e rimpiazzate da altre. La consunzione naturale ha luogo in que' generi di cose, delle quali volendo far uso, non possiamo non distruggerne, e cangiarne la sostanza. Del frumento l' uso ordinario è il cibarsi, che ne fa l' uomo, del vino la bevanda, dell' oglio il condimento. Ma nè cibar mi posso del frumento senza alterarne la forma, nè bere il vino, nè condire coll' oglio senza perderlo. La consunzione civile ha luogo in que' generi, i quali veramente conservano il loro essere, e le fisiche loro modificazioni, qualunque uso se ne faccia; ma che però tralasciano d' essere in dominio nostro, e porzione di beni nostri tosto, che se ne vogliano servire. Il soldo formato di duri metalli, e improntato in varie maniere persiste, egli è vero, nella stessa sua natura mai sempre; ma subito,

(1) *Leg.* 9. §. 9. *Leg.* 11. *l.* 15. *D. de reb. cred.*

ch'io lo metto in commerzio, e ne voglio far l'uso ordinario, al quale è diretto, per pagare un mio debito, o per comperarmi una qualche spezie, rendesi necessario, ch' io ne perda il dominio, e lo trasferisca in un altro. E non già il soldo solamente và soggetto a questo civile annientamento, ma tutte le altre cose eziandio, le quali si danno per essere o fuse, o meschiate, o incorporate con altre, dalle quali non possono più separarsi poi, e distaccarsi; delle quali in conseguenza se ne perde la proprietà, e si considerano come perdute, e consumate riguardo a noi. Ne abbiamo gli esempj nei materiali, che s' impiegano per formare parte d' un edifizio, nelle tele, sopra le quali dipingesi, nelle sostanze, che si distillano, ed in altre simili cose.

Questo esempio medesimo ci avverte ad osservare, che le cose soggette alla consunzione possono distinguersi in due classi; perchè o l' uso ordinario delle medesime per se stesso è tale, che naturalmente, e civilmente la consunzione loro produce, ovvero è tale, non già per natura delle cose stesse, ma per l'arbitrio, ed intenzione di quello, che ne è il proprietario: osservazione importante per la pratica. Imperciocchè le cose del primo genere ogni qualvolta ci vengono date, date si intendono a mutuo, e ce ne viene trasferito il dominio, coll'obbligazione di restituire l'equivalente; ma le cose dell' altro genere s'intenderanno date ora a semplice comodato, ed ora a vero mutuo, secondo la destinazione della stessa, la quale ricavasi dalla intenzione, ed impiego del proprietario. Allorchè un amico di buona biblioteca fornito un suo libro mi presta, egli

egli intende di volere da me la restituzione dell' esemplare, ed egli può ricusare di ricevere qualunque altro esemplare, ch' io dargli volessi. Ma se quegli, che un libro mi presta fosse un librajo, o trafficante di questa merce, come egli la tiene per venderla, o permutarla, o per civilmente consumarla in altra guisa, basterà, ch' io gli restituisca altro esemplare dell' edizione medesima, ed egualmente bene condizionato, essendo cosa indifferente al suo commerzio l' avere questo piuttosto, che quello, quando abbia l' istesso valore e nell' uno, e nell' altro. Dicasi lo stesso di tutte le altre mercanzie, quando non fossero di quelle estremamente rare, e di squisito particolar lavoro, alle quali è pressocchè impossibile cosa il sostituirne altre d' egual pregio, come sarebbero certe droghe poco comuni, macchine matematiche, stromenti fisici, e chirurgici, e simili meraviglie dell' arte.

§. XXVII.

Per altro discorrendo di quelle materie, le quali se si prendono, si prendono per uso, e delle quali l' uso consiste nell' abuso, e nella loro consunzione naturale, o civile, egli è necessario il supporre, che quando se ne accorda l' uso, se ne trasferisca simultaneamente anche il dominio. Dal che ne viene, che il solo padrone possa dare a mutuo, e quelle cose unicamente, delle quali ha il dominio, e libera amministrazione, e facoltà di disporre. Che se io dessi in prestito il mio denaro a nome d' un terzo, è ben vero, che l' azione del contratto quegli l' acquista, a

nome del quale si fece l'esborso; ma ciò appunto si avvera, perchè precedentemente si finge, che la stessa somma abbiala già colui, che ad un altro la presta, prestata prima, e trasportata in dominio di quello, a nome di cui fassi l'imprestito. ,, Ogni volta, dice la legge (1), che ,, si dà a mutuo, richiedesi, che il mutuante ,, abbia il dominio: nè si opponga, che un figlio ,, di famiglia, ed un servo obbligano quei, che ,, da essi ricevono in prestito. Il fatto di questi ,, è come il caso di uno, che desse il soldo suo ,, a nome mio: l' azione del contratto competerebbe a me, quantunque i soldi fossero suoi". Così se io avrò ordinato ad un mio debitore di dare altrui a mutuo la quantità, che deve restituirmi, l'obbligazione intendesi, essere meco contratta, sebbene non abbia il dominio della medesima, perchè in questo caso si finge, che ella mi sia stata restituita. E così un socio, nel quale una simile finzione non può aver luogo, se darà soldo in prestito, che sia suo proprio, diventane il creditore, quantunque siano dissenzienti i compagni: ma se darà del soldo di ragione della cassa comune, non lo potrà considerare prestato, quando non c'intervenga l'assenso anche degli altri, non potendo egli mai alienare di più della porzione, che è sua (2).

Ma che sarebbe dunque, se si dessero in prestito cose d'altrui, oppur cose proprie da quelli, ai quali l'amministrazione delle medesime è interdetta? Dovremo distinguere due combinazioni diver-

(1) *Leg.* 2. §. 4. *L.* 9. §. 8. *D. de reb. cred.*
(2) *Leg.* 15. 18. *D. eod.*

diverse di circostanze: essendocchè o il mutuo dato è già consunto in effetto, o non è ancora consunto, ma esistono le spezie nella loro natura. Quando il mutuo non è consunto, ed esistono le spezie, il proprietario, senza l'autorità del quale trasferirsi non possono in dominio d'altrui, può rivendicarle come sue proprie, o costringere il mutuatario a presentarle, come quello, che titolo alcuno non ha per ritenerle. Ma quando siano elleno consumate, e cangiate in diversa natura, quel contratto, il quale per mancanza di dominio in chi diede, non aveva forza alcuna, e vigore, principia ad avere effetto, mercè della consunzione; perchè non essendo mai giusto, ch' io debba avvantaggiarmi colle sostanze, e col danno d'altrui, deesi restituire a colui, da cui l'ebbe, o fosse egli padrone, o nol fosse. Questo vollero dire Diocleziano, e Massimiano allorchè rescrissero (1): „ Nelle obbligazioni di cre- „ dito, non si ha riguardo al fonte primo, d' „ onde venne il danaro, che fu prestato, ma „ unicamente alla persona, la quale contrasse, e „ che lo sborsò come suo". E in conseguenza di ciò un prodigo dichiarato, un pupillo, un furioso, un ladro, che anno prestato, anno eziandio azione diretta contro del debitore, il quale consumate abbia le cose loro, azione risultante dal mutuo: se non che il ladro, o chiunque prestò cose altrui, è tenuto a cedere l'azione sua al vero padrone, perchè esercitare la possa contro di chi delle cose sue si prevalse.

 §. XXVIII.

(1) *Leg. 7. Cod. de reb. cred.*

§. XXVIII.

Se il contratto di mutuo traslata il dominio, ma coll'obbligazione di restituire, chi potrà giustamente ricevere a prestanza, se non chi può essere efficacemente costretto alla restituzione? Gli amministratori delle città, de' luoghi pubblici o laicali, od ecclesiastici, potranno dunque ricevere soldo? Ma ricevendolo a nome, ed a carico d'altri non fanno, se non se rendere la condizione peggiore di quelli, per i quali ricevono soldo. Sembra dunque, che debbano restare obbligati eglino soli in propria spezialità, e non già i corpi, che rappresentano. Dall' altro canto se rappresentano l' altrui persona nel contratto, perchè dovranno esser eglino obbligati, e non piuttosto le persone, a nome delle quali contraggono? Ora dovendo ognuno, che dà, sapere la condizione, e le facoltà di quelli, coi quali contragge, ecco ciò, che le leggi anno creduto bene di disporre.

Tre ipotesi sono possibili: può darsi, che un amministratore d' un pubblico corpo abbia dagli individui, che lo compongono, avuta legittima facoltà di prendere ad imprestito, e che d'un tal atto s'abbiano prove evidenti, e giuridiche: può darsi, che non avendo avuta, o non essendovi prova di tale licenza, siasi il prestito fatto, e questo dimostrisi convertito a prò, ed in vantaggio del commune: può darsi, che nè una tale permissione si rilevi, nè si rilevi, che a pubblico interesse sia stato girato il soldo prestato. Riguardo a quest' ultimo caso è fuori di dubbio,

che

che la comunità non va soggetta ad obbligazione alcuna di restituire. Ella non la contrasse in virtù della convenzione, perchè supponesi non aver prestato il necessario consenso. Non la contrasse in conseguenza d'un qualche vantaggio ritratto dalle cose d'altrui, perchè supponesi, che il mutuo non siasi a prò suo convertito. Non la contrasse in forza dell'amministrazione sua a deputati ceduta, perchè questa dona bensì diritto ai medesimi di promuovere i di lei interessi, di farne osservare le costituzioni, e le consuetudini, ma non già di aggravarla di debiti: il che sarebbe indispensabile, se loro permesso fosse di ricevere arbitrariamente prestanze, delle quali fosse ella poi responsabile. Se poi per consiglio, e per decreto legittimamente formato fu conceduta autorità agli amministratori di ricevere soldo in prestanza, rimane la communità indubitabilmente obbligata all' intera restituzione, giacchè con lei stessa, come colla persona autorizzante, e mandante, e non già coi di lei deputati, semplici mandatarj, ed esecutori, si stipulò il contratto: nè fa di mestieri in questa ipotesi il ricercare, se sia stato, o nò convertito il soldo in suo vantaggio, essendo imputabile ad essa il discapito, che risentì, per aver fatto scelta di amministratori o poco avveduti, o poco fedeli. Abbiamo decisione legale in altra specie analoga alla presente. Uno esercita grosso commerzio marittimo. Ha navi, che portano, e riportano merci, che trasportano passaggieri. Ad ognuna di queste assegnò il suo governatore, e direttore, con facoltà di ricevere danari in prestito, per riattare, e rifare il legno, se occorresse. Ricercossi, se con-

 tro

tro di questo negoziante capitalista dar si dovesse azione esercitoria nel caso, che presi avesse un de' suoi direttori di nave soldi a mutuo col titolo di risarcirla, i quali poscia egli malamente, ovvero a suo proprio uso impiegati gli avesse. Fu definito (1), che dovesse considerarsi obbligato alla restituzione il principale, e che a sua colpa ascrivesse l' aver confidata così gelosa incombenza a persona infedele.

Che se finalmente intervenuto non ci fosse l'assenso legittimo della communità, in allora poi bisogna, che il mutuante dimostri essere stato impiegato il soldo prestato in vantaggio della medesima, o per soccorrerla ne' suoi bisogni, o per rendere più comodo, ovvero meno disagiato il suo stato. Ecco la definizione delle leggi (2): „ Una città può essere obbligata a titolo di mu- „ tuo, quando sia stato in utile suo convertito; „ altrimenti saranno astretti al pagamento quei „ soli, che avranno fatto il contratto ". Ed ecco il sentimento de' Canoni per le communità ecclesiastiche (3): „ Nessun religioso senza licen- „ za del suo Abbate, e senza l' assenso della mag- „ gior parte del capitolo, può costituirsi maleva- „ dore, o prender in prestito danari di chiunque; „ e quand' anche il facesse, il convento non sia „ tenuto ad alcuna responsabilità, quando però „ non costasse evidentemente, che il contratto „ ridondò in vantaggio della famiglia. "

§. XXIX.

(1) *Leg.* 1. §. 9. *D. de exerc. action.*
(2) *Leg.* 27. *D. de reb. cred.*
(3) *Cap.* 4. *de fidejussor.*

§. XXIX.

Sebbene nel mutuo non si trasferisca il dominio d'una spezie, ma di una quantità, per ricevere poi un' eguale quantità, è necessario mai sempre, che la quantità restituita possa sostituirsi alla quantità data, onde venga ad essere la medesima secondo tutte le relazioni, e qualità. Ora non sarebbe più la medesima, se potesse restituirsi un genere diverso dal genere ricevuto; se potesse restituirsi oglio per frumento, frumento per vino. Ella è verità legale incontrastabile, che il mutuante diventa creditore del genere, che ha prestato; ed è parimenti assioma certissimo, che una cosa diversa dalla dovuta non può pagarsi al creditore, se egli cedendo volontariamente al suo diritto, non vi acconsenta. Se dunque lecito fosse al mutuatario dare un genere per un altro, lecito sarebbe dare in pagamento al creditore una cosa diversa dalla dovuta, anche a di lui malgrado; e perciò debbesi fare la restituzione nel medesimo genere. Il che tanto è vero, quanto che se scritto si trovasse in un istromento, che fu dato un genere e che il debitore si obbliga a restituire una quantità determinata di un genere, egli però è sempre tenuto a restituire in quel genere precisamente, in cui ricevette. Le leggi anno generalmente ordinato, che nei contratti (1) s'abbia riflesso piuttosto alla verità, e all' indole dell' atto, che al contenuto della scrittura: e per l'applicazione di questo assioma al

(1) *Leg. 1. Cod. plus valeat quod agitur.*

al contratto del mutuo, ci presentano una bella decisione nel caso presente. Diedero due soldo effettivo in prestanza ad un terzo: questi pretese di soddisfare al suo debito col restituire ad essi tanto oglio. Ricusano il pagamento; lo vogliono in contanti. Presenta il debitore una carta, in cui si legge, aver esso ricevuto dell' oglio. Ricorresi al sentimento degli Augusti: Rispondono (1): „ Voi mostrate un timore irragionevole, se veramente dato avete del soldo, sebbene leggasi nell' istromento, che fu ricevuto „ dell' oglio, poichè quando non sia corso sopra „ di ciò patto veruno, e solennemente provata „ sia la verità della cosa, rimane nel suo vigore il contratto, e voi non siete tenuti ad accettare in pagamento il genere offertovi, quantunque dica la scrittura, essere stato ricevuto „ dell' oglio. "

Questo principio è fertile in conseguenze per decidere i particolari casi occorrenti. Ricevo una quantità d' oro, o di argento in pezzo non coniato, ma a peso. Posso io restituire corrispondente valore in danaro impronto, e coniato? Ma abbiamo da Ulpiano, che un legato, in cui si lascia ad altri l' oro, e l' argento del testatore, non comprende l' oro, e l' argento ridotto in denaro, essendo questo un genere diverso dal metallo medesimo non coniato (2). Ora non può farsi la restituzione dell' imprestito in genere diverso. Dunque non potrò pretendere di restituire oro,

(1) *Leg.* 5. *C. si cert. petat.*
(2) *Leg.* 19. §. 1. *L.* 27. §. 1. *D. de aur. argent. legat.*

oro, ed argento in moneta per oro, ed argento di pezzo. Diedi soldo numerato ad un altro: egli vuole estinguere il debito col cedermi l'azione di un credito suo. Non è più lo stesso genere di cose; ed abbiamo legge, che dice (1): Non potersi giuridicamente astringere chi diede danaro in prestanza a ricevere a suo malgrado in pagamento la cessione di un credito.

Posto dunque, e stabilito, doversi fare la restituzione nel medesimo genere, entra in questione, se ricevuta essendosi certa quantità di soldo in determinate spezie, come in ducati, o zecchini, il pagamento far si possa in doppie di Spagna, o scudi di Francia. Ed io direi, che prescindendo da patti particolari aggionti al contratto, e nell'ipotesi, che le monete abbiano corso, e pareggino la somma data, lecito sia al debitore di pagare in monete diverse. Imperciocchè in questo caso si restituisce lo stesso genere, qualunque volta si restituisce lo stesso valore, e la somma medesima. Ma di qualunque spezie siano le monete, possono equivagliare il valore, e la somma ricevuta. Possono dunque darsi de' segni rappresentativi in luogo de' ricevuti, purchè mi rappresentino la stessa somma, e valore. Nelle stipulazioni certamente deve uniformarsi la risposta alla domanda, e sarebbe difetto essenziale al contratto, se domandassi io, che tu dessi a me una cosa, e mi rispondessi d' una diversa. Ma se io domanderò certa somma in ducati, e mi si dica, che data mi verrà in zecchini, la stipulazione è legittima, perchè s' accordano ambedue

(1) *Leg. 16. Cod. de solution.*

bedue le parti in una stessa materia (1). Dunque si restituirà il medesimo genere, restituendosi la stessa somma, e valore, benchè si dieno monete d'oro invece d'argento, o zecchini per ducati. Finalmente abbiamo da Paulo (2), che il creditore non può essere astretto a ricevere il soldo dovutogli in altra spezie di valsente, qualora egli ne sia per risentire un qualche danno. Dunque qualora non prova danno, se gli può soddisfare il credito con altra spezie diversa di monete.

§. XXX.

Come per altro nelle monete si dee restituire precisamente lo stesso valore, così del pari restituir si deve negli altri generi l'equivalente, sicchè sostituir si possa secondo tutte le relazioni il dato al ricevuto. Diedersi in prestanza tre moggia di frumento? Tre se ne restituiscano. Diedersi tre botti di vino? tre se ne restituiranno. La perfezione del genere dato risultante dal peso, dalla vecchiezza, dalla dilicatezza del genere dato, ha da ritrovarsi esattamente nel genere restituito. Tale si è la natura del contratto, la quale deve essere osservata, ancorchè non sia in patto espresso dedotta. „ Quando noi diamo in pre„ stito, dice Pomponio (3), sebbene non pat„ teggiamo, che si restituisca un genere di pari „ bontà, non è però lecito al debitore di resti„ tuirci

(1) *Leg. 94. D. de solution.*
(2) *Leg. 99. D. de solution.*
(3) *Leg. 27. D. de reb. cred.*

„ tuirci cosa inferiore nel medesimo genere, co-
„ me sarebbe nuovo vino, per vino stagionato.
„ In ogni contratto le parti si obbligano all'os-
„ servanza delle di lui proprietà, e proprietà na-
„ turale del mutuo si è il restituire l'equivalen-
„ te nel medesimo genere, e nella stessa bontà".
Che diremo dunque del patto di restituire undici invece di dieci, o nove in cambio di dieci scudi prestati? Dare di più del ricevuto è un aggravio del debitore; dare di meno è un danno del creditore. Il mutuo per se stesso esige una proporzione aritmetica tra il ricevuto, e il dato: pure riflettendo Proculo, che i contratti ricevono modificazione dal patto, e che un creditore può donare il suo, esigendo di meno, quando è in diritto di riscuotere il più; mentre all' opposto il debitore, se gli conviene dare di più, presumesi consentire violentato dal suo bisogno, s' indusse a decidere (1): che il debitore ha diritto di non dare più dei nove pattuiti, ma che il creditore non può esigere più dei dieci dati, quantunque poscia se ne siano pattuiti undici, non potendosi accrescere obbligazione reale oltre alla cosa ricevuta a pregiudizio del debitore.

Convien quì esaminare la famosa questione relativa al cangiamento, ed alterazione della materia, o del valore delle monete. La moneta è un segno rappresentativo del valore di tutte le mercanzie. Furono scelti i metalli per segni. La loro durezza, la loro duttilità, la loro divisibilità in parti relativamente minori, la difficoltà di consumarsi, la facilità di ricevere una certa figura, ed

(1) *Leg.* 10. §. 3. *D. de reb. cred.*

ed impronto, la loro stessa scarsezza, che forma la loro preziosità, li fecero credere le cose le più atte per significare, e pareggiare col loro peso il valore di tutte le altre spezie, delle quali l'uomo può abbisognare nell'uso della vita. Così ne avviene, che da un canto il soldo è segno di tutte le altre spezie, e reciprocamente le spezie sono i segni del soldo; e la relazione d'un segno all' altro è giusta, e lo Stato allora è felice, quando è proporzionato il valore della moneta alla quantità, e qualità del metallo, onde è composta, ed il valor del metallo è corrispondente al pregio delle merci, che colle monete si acquistano.

In questa proporzione consiste la bontà delle monete. Quando ella si altera, o si muta, si muta, e si altera la bontà delle medesime. Ora in due guise potendosi cangiare la proporzione di loro, in due guise altresì se ne può cangiar la bontà. Si può cangiare la proporzione, che passa tra l'oro, e l'argento considerato come moneta, e l'oro, e l'argento considerato come metallo; e allora dicesi cangiata la bontà intrinseca. Si può cangiare la proporzione d'una moneta, non già riguardo al metallo, onde è composta, ma riguardo all'altre merci, o sia al valore ideale, a cui s'innalza; e allora dicesi cangiata la bontà estrinseca. L'esempio rischiarerà la dottrina. Un filippo contiene un'oncia di argento. Un ducato mezz' oncia, e tanti carati d'argento. Queste monete anno bontà intrinseca, qualunque volta il metallo, onde sono composte, è eguale presso a poco alla quantità, che rappresentano; e scemasi la loro bontà intrinseca, qualunque volta nella loro formazione si fa entrare altra materia,

cosic-

cosicchè avendo io un ducato, o un filippo, abbia realmente molto meno di quella quantità di metallo, che rappresentano. Questo filippo, o ducato può avere la stessa quantità di metallo; ma come l' autorità del Sovrano, o l' uso dei commerzianti dona alle monete la rappresentanza d' un determinato valore, e le rende monete ideali, così può cangiarsi il valore del filippo, e ascendere a rappresentare non undici, ma dodici lire, e il ducato rappresentarne otto invece di lire sei, e soldi quattro, come valeva una volta, la quale alterazione di valore è un cangiamento di bontà estrinseca delle monete.

Ciò ben inteso molti de' nostri interpreti, e de' teologi ancora ci dicono: Se dopo fatto il mutuo, e avanti il tempo prefisso alla restituzione, accade mutazione nella bontà intrinseca delle monete, si dee fare la restituzione in quel valore, ch' elleno avevano al tempo del contratto, sia che più, sia, che meno spezie in numero restituire si debbano. Ed ecco le principali ragioni di questa loro asserzione. La bontà intrinseca patisce mutazione qualunque volta la pubblica sovrana autorità scema il peso delle spezie, e rende minore la massa del metallo, onde sono formate, conservando però alle medesime la stessa rappresentanza, o sia lo stesso valore estrinseco. Ma in quest' ipotesi la giustizia richiede, che facciasi la restituzione a ragguaglio di quello, che si è ricevuto. Dunque la giustizia richiede, che si faccia la restituzione in quel valore, e in quella bontà intrinseca, che aveano le spezie in allora, che furono ricevute. Infatti l' essenza del mutuo ricerca, che il debitore restituisca non già sola-

mente

mente il numero stesso di cose nel medesimo genere, ma di più nella stessa perfezione di qualità, come di sopra abbiamo coll' autorità di Pomponio avvertito. Ora nell' ipotesi, che siasi la bontà intrinseca delle monete cangiata, riceverebbe il creditore un pari numero di monete bensì, ma non già in pari perfezione, e valore. Dunque la giustizia richiede, che in quest' ipotesi si faccia la restituzione a ragguaglio di quel valore intrinseco, che avevano le monete, allorchè furono ricevute. Supponghiamo, che dopo fatta la convenzione, dopo d' aver io dato cento zecchini in prestito, siasi la loro bontà intrinseca *diminuita* d' un quarto, cosicchè il metallo, che li compone non corrisponda più realmente al valore di lire ventidue, ma al valore di lire sedici e mezza. Se fosse lecito a te il darmi soli cento zecchini in pagamento dei cento, che da me ricevesti, io avrei da te più lire di meno di quello, che a te anteriormente ho dato. Ma questa sarebbe una manifesta ineguaglianza nel contratto, e in conseguenza un' aperta ingiustizia. Dunque sarà necessario, cangiata che sia la bontà intrinseca delle monete, il restituirle *in ragguaglio* del valore, che aveano, quando il mutuo si fece, tanto se si tratta del danno del debitore, quanto se si tratta del danno del creditore.

Non ostante però e queste, ed altre ragioni, e l' autorità pressochè universalmente stabilita di questa opinione nelle scuole di Teologia, e di Giurisprudenza, alcuni dotti uomini fra i moderni spezialmente, sostengono, che non meno secondo il naturale diritto, che secondo il civile, l' alterazione della bontà intrinseca delle monete

non

non obbliga il debitore alla compensazione del deterioramento, che in essa accadette, nè alla restituzione d'un numero maggiore delle medesime, qualunque volta esattamente venga restituito l'identifico valore estrinseco, che si ricevette. Infatti le leggi Romane non meno, che quelle di tutti i popoli colti, e inciviliti considerano la moneta non già come un essere particolare, reale, e corporale, ma come un essere immaginario, ed incorporale, il di cui pregio non dipende nè dall' intrinseco valore delle spezie, nè dalla loro materia, e denominazione, ma unicamente dal prezzo, che loro dona la pubblica autorità, dall'essere un segno rappresentativo d'una determinata valuta, e quantità: quando però le parti contraenti considerato non avessero le spezie come altretanti corpi particolari, determinati da un certo peso, da una certa figura, da una certa qualità. „ La materia delle monete, dice la legge (1), „ impressa col pubblico impronto, traslatasi ad „ uso, e in dominio altrui; ma ciò, che traslatasi non è già la di lei sostanza, ma la quantità, che rappresenta." Se dunque non è la sostanza, ma il solo valore delle monete, il quale costituisca la materia del mutuo, e se questo valore viene determinato dalla pubblica autorità, il mutuatario restituirà precisamente ciò, che ha ricevuto, qualunque volta restituisce il valore medesimo. Ora conservasi il valore medesimo nell' ipotesi addotta, quantunque venga cangiata la bontà intrinseca delle monete. Dunque l'alterazione della bontà intrinseca non può far sì, che debbasi

(1) *Leg. 1. D. de contr. empt.*

basi compensarla nel caso della restituzione del mutuo. Può bene operar male contro i veri interessi della sua nazione un Sovrano, il quale degrada l'intrinseco valore delle monete: ma riguardo al commerzio tra sudditi, e sudditi, e riguardo alla stima delle proprietà, codesto decrescimento non produce variazione di sorte. L'autorità di Pomponio allegata dai sostenitori dell'opposta sentenza parla espressamente degli altri generi, e reca in esempio il dar vino nuovo per vecchio. Ora negli altri generi la non esistenza di certe qualità scema di molto il pregio, e cangiar fa la natura de' medesimi, e però a tutta ragione puossi affermare, che non si abbia da me ricevuto precisamente quello, che ho dato, se mi si dia vino nuovo per vecchio, oppure oglio del lago di Garda, per oglio di Corfù, o di Provenza.

§. XXXI.

Da questo contratto nasce una sola azione diretta, la quale chiamasi *Conditio certi*, vale a dire domanda d'una determinata quantità. Ella compete al mutuante, e a' suoi eredi contro del mutuatario, e dei di lui eredi; azione tendente all' oggetto di riavere da essi quanto a loro fu dato nello stesso genere, nello stesso numero, e nella stessa perfezione, e valore in guisa, che alla spezie data in prima sostituir si possa la ricevuta, e questa sia indiscernibile pienamente dall' altra. E come oltre a questo confine non si estende l' azione, la quale propor non puossi al di là della natura del contratto, e per natura del contratto, senza un patto particolare, ed espresso, dovuti

non

non sono nè interessi, nè usure, essendo il mutuo una convenzione gratuita; così in virtù della natura del mutuo, pretendersi non possono nè interessi, nè usure, le quali dovranno domandarsi in giudizio in virtù d'un'azione distinta per convenzione, ed accordo, detta da' Giureconsulti *e Stipulatu*, di cui nel Titolo appresso avremo a discorrere.

Appendice delle Leggi Venete.

Negli Statuti nostri non si trovano particolari disposizioni relative ai contratti di deposito, di comodato, o di mutuo, ne' quali perciò le ordinazioni del diritto Romano, e i principj della ragion naturale, sopra i quali sono fondate, devono servire di legge anche per noi. Circa al contratto di pegno rinveniamo qualche cosa di particolare, la quale dobbiamo avvertire, affinchè ci serva di regola negli incontri, che accader ci potessero.

Le robe, ch' esser possono date in pegno sono o ecclesiastiche, o profane. Le ecclesiastiche, come quelle, le quali non sono in commercio, nè alienabili per loro natura, non possono neppure darsi in pegno, essendo questo un incamminamento, ed una disposizione all'intera, e positiva alienazione. Sino a questo punto vanno perfettamente d'accordo colle leggi comuni tanto Canoniche, quanto Civili, anche le Venete. Ma come avvenir può non di rado, che facciansi de' contratti ad onta della volontà delle leggi, così frequentemente succedendo in Venezia, che si dessero in pegno, o in ipoteca effetti e mobili, e stabili di

ragione di Chiesa; per arrestare un così fatto disordine, prese le convenienti misure il Senato, e decretò quanto segue nell' anno 1412. nel mese di Ottobre (1), „ che chiunque darà soldo a pre-
„ stanza, e riceverà per sicurezza del credito in
„ pegno, o a nome di pegno cose mobiliari di
„ Chiesa, come Croci, Calici, Vasi d'argento,
„ Libri, Paramenti spettanti a Chiese, o Mona-
„ steri di donne, o uomini; oppure, che ricevu-
„ te in pegno, poscia le vendesse: questi oltre
„ d'essere condannato alla pena di venticinque
„ lire per ogni centinajo di quanto avrà presta-
„ to, o ritratto per occasione di vendita, perda
„ in oltre tutto intero il capitale del soldo, che
„ avrà dato a mutuo, o che avrà riscosso per la
„ vendita del pegno. Che non si debba in ve-
„ run modo prestar comodo, ed assistenza di sor-
„ ta a quei Prelati, e Superiori ecclesiastici, i
„ quali si abusassero della loro dignità per assog-
„ gettare a pegno cotali spezie di cose. Che pe-
„ rò se alcuno mai per commissione di essi, o
„ a loro nome avesse pignorato effetto qualun-
„ que ecclesiastico, costui incorra nelle pene me-
„ desime prescritte già contro di quelli, che le
„ ricevono in pegno. Che potendosi dare in ipo-
„ teca i beni stabili, e questa coprirsi, e velarsi
„ potendo sotto il nome d'affittanza, la quale
„ ipoteca ridonderebbe in danno estremamente
„ nocivo alla sussistenza, e ragioni de' luoghi pii,
„ non sia lecito a qualunque Prelato, o ammi-
„ nistratore di communità, Chiese, e luoghi ec-
„ clesiastici di dare in affittanza sotto qualunque
„ or-

(1) *Consil. ex auth. Cap. 27.*

„ orpello , e pretesto, possessioni e stabili oltre
„ il termine di soli tre anni; cosicchè il contrat-
„ to stipulato in diversa maniera per diritto non
„ abbia forza alcuna, e validità ; e che l' ipote-
„ cario , o il colono, che al di là di questo spa-
„ zio di tempo ritenesse questi effetti, e terreni,
„ sia condannato a cinquecento lire di amenda,
„ quando però un uomo di villa non togliesse in
„ se stesso per lavorare da se tali possessioni,
„ nel qual caso l' affittanza prorogar si potrebbe
„ sino al corso di cinque anni, e non più. Che
„ l' ispezione, e l' esecuzione d' una tal legge, e
„ la definizione delle controversie sopra di essa
„ emergenti sia, e s' intenda devoluta col diritto
„ di prevenzione al Magistrato e degli Avvoga-
„ dori, e de' Provveditori del Comune, e de' Sa-
„ vj Provveditori sopra Monasterj. "

Riguardo al pegno di cose secolaresche, e profane, esso può farsi o di effetti mobili , o stabili . Quando ha per materia effetti mobili dicesi pegno, e fatto essendo per sicurezza del credito, dona azione al creditore di passare alla vendita , e di ritenersi per se il prezzo ricavato corrispondentemente alla somma del debito , come anche secondo le leggi Romane abbiamo spiegato a suo luogo. Ma quando si costituisce ipoteca sopra de' stabili, questa spezie di contratto in questa città, e nel linguaggio Veneto prende un nome particolare, e dicesi Algaldo , o sia a godimento, o *ad fruendum*, come i latini lo direbbero; l' effetto di cui si è , che se io dessi ad uno a titolo di mutuo cinquecento ducati , ed egli me li assicurasse sopra una sua casa, o palagio, come egli potrebbe approfittarsi del provento del soldo mio sino al

al tempo alla restituzione stabilito; così io del pari prevaler mi possa, e goder della di lui casa sino a tanto, che venga da esso soddisfatto alla principale, e primiera obbligazione.

Ora qualunque volta di pegni si tratta costituiti in cose mobili, il giudice competente è il Magistrato dell'Esaminador (1). La naturale obbligazione della prestanza è la restituzione del ricevuto, il fine naturale del pegno è la sicurezza del credito. Posto dunque, che finito il tempo accordato fatta non ci venga la restituzione dovuta, si può fare un atto di cognito alla persona del debitore, e pignorante; vale a dire, una intimazione giuridica di soddisfare al suo dovere con protesta, e dichiarazione, che si passerà alla vendita del pegno nel caso, che il debitore non soddisfi alle sue convenienze. Intimato il cognito, accordasi un mese, ed un giorno al debitore, dentro il quale soprasedere si dee dall'alienazione del pegno, se non che dopo i primi otto giorni dall'intimazione di questo atto il creditore pignoratizio dee presentare all'offizio del Magistrato in Rialto il pegno ricevuto. Se in allora il debitore volesse riscattare il suo pegno, debbe depositare la somma intiera del debito; e di più è tenuto a pagare del suo al Magistrato medesimo sei soldi per libra a proporzione del debito suo, e del valore del pegno. Ma se non si cura di riscattarlo, e lascia spirar il termine del mese prescritto, alla presenza del Magistrato vendesi il pegno all'incanto: dassi del prodotto l'equivalente del credito al mutuante; dansi le mancie al Magi-

stra-

(1) *Consilia ex auth. Cap.* 44.

strato, ed ai ministri, e il rimanente, se ne sopravvanza, si restituisce al proprietario del pegno. Che se il pegno dato, perchè inferiore al valore del capitale ricevuto, vender non si potesse a quel prezzo, che pareggiasse la quantità mutuata, in tal caso intimasi al datore del pegno il *Mesvender* (1), cioè a dire, l'inferiorità del ricavato dalla vendita alla somma del debito; fatta la quale intimazione, si proseguiscono gli atti giuridici contro del debitore, e lo si fa sentenziare e nei beni, e nella persona per ottenere da lui l'intero pagamento, ed estinzione del debito.

Qualunque volta i pegni sono costituiti in effetti stabili, il Magistrato, al quale dee farsi ricorso, è quello del Forestier. Da questo si impetra, o per usare la frase forense, si fa il lievo del cognito, e nell'offizio di questo si presentano le chiavi delle case, tenute sino all'ora in ipoteca, in segno della determinata volontà di non voler più fruirne, ma di volere il rimborso di quanto si diede. Se durante il termine del cognito il debitore ipotecario non fece il deposito in seno del Magistrato medesimo, proponesi la formale domanda, e si forma quella serie di atti, che rendonsi necessarj in qualunque spezie di causa.

(1) *Pratt. Ven. Cap.* 6. §. 12.

T I T O L O IV.

Delle Obbligazioni, che contraggonsi colle parole.

§. I.

Come contratti reali sono quelli, ne' quali oltre il consentimento dell' animo ricercasi per donar loro esistenza l' attuale consegna di una cosa, della quale si pattuì; così verbali diconsi quelli, per dare esistenza ai quali non basta il solo atto di consenso, ma di più richiedesi, che questo dichiarato venga con certa, e determinata formalità di parole. Nessun uomo può civilmente obbligarsi per contratto a se stesso. Bisogna, che ci sia una distinta persona, nella quale trasfondasi il diritto di esigere; che un' altra diversa dalla prima vi sia, alla quale la necessità resti addossata di dare, o di fare una qualche cosa in vantaggio dell' altra, o presentemente, o sull' istante, ovvero in qualche tempo avvenire. La semplice legge di natura non ricerca per questo, se non che l' atto solo della volontà, in qualunque maniera ella poi sia espressa; ma la legislazione civile facendo riflesso alle convenienze dell' uomo, vivente in società, facile di troppo a promettere, e troppo esposto ad essere raggirato per indurlo a promettere, non credette opportuna cosa, e prudente l' avvalorare colla sua autorità, e rendere efficaci tutti i patti, e tutte indistintamente le promesse, quando non fossero marcate con qualche particolar segno, ed indizio d' un deliberato maturo consenso, e quelle poi spezialmente, che hanno per ogget-

oggetto una qualche cosa da farsi in futuro. Quindi le leggi Romane non danno azione per costringere per via di giustizia chiunque semplicemente, e senza la concomitanza di altre circostanze promise, o pattuì di dare altrui, o di fare una qualche cosa. Può avere avuto in ciò fare un più che sufficiente consenso; la legge non lo riconosce, nè lo conferma però: ella sa, che infinite volte l'uomo o per sorpresa, o per precipitanza snoda la lingua, ed asserisce molte cose senza previa consulta del cuore, e della ragione. Ma se uno interrogasse con termini i più chiari, e distinti un altro, domandandogli ciò, che ridonda in solo vantaggio di chi ricerca, e in solo aggravio di chi risponde, se questi rispondesse alla richiesta con termini i più precisi, ed analoghi alla domanda: come senza un atto riflesso dell' intelletto non si risponde categoricamente, e con particolari solenni espressioni, sarebbe questo un suffiziente criterio per inferire, avere il rispondente e ben compreso la qualità della domanda, ed essersi deliberatamente determinato a volere eseguir ciò, che l'interrogazione comprende. Ella è questa la genesi, e il fondamento del contratto verbale detto Stipulazione dagli antichi Romani; essendochè col mezzo delle parole solenni, altre pronunciate in via di domanda, ed altre in modo di uniforme precisa risposta si stipulava, vale a dire, si confermava, e davasi forza di obbligazione civile ad un atto, ad un patto, ad una promessa, la quale, secondo le leggi, da per se stessa non poteva averla. Il che bene inteso, possiamo agevolmente definire la stipulazione così: un contratto unilaterale, in cui l'uomo rispondendo

dendo adeguatamente all'interrogazione d'un altro, si costituisce debitore di fare, o di dare una qualche cosa a beneficio d'un terzo, senza risentirne egli vantaggio. „ Noi, dice Cajo (1), ci „ obblighiamo colle parole in forza di una pre- „ via interrogazione, e di susseguente risposta, „ quando stipuliamo, che data, o fatta una qual- „ che cosa ci venga. "

§. II.

Questa nozione ci somministra le proprietà essenzialmente necessarie alla stipulazione. Ella consiste nelle parole indicanti l'assenso di due persone relativamente ad uno stesso soggetto. Ma come accertarsi di questo consenso, se non s'interroga da una parte, e non si risponde correlativamente dall'altra? L'interrogazione dunque, e la risposta sono indispensabilmente necessarie per le stipulazioni. Egli è vero, che l'Imperadore Leone il Filosofo (2) ordinò con sua legge, che potessero le stipulazioni contrarsi senza che duopo ci fosse di usare le espressioni, e le formole consecrate dall'uso superstizioso degli antichi; ma non si dee però inferire, che abolito avendo la solennità delle parole, abbia abolito nel medesimo tempo le domande, e le risposte, tolte le quali non ci sarebbe più differenza veruna tra patto, e stipulazione. Per lo che Giustiniano (3) dopo d'aver detto, che anticamente furono in uso le parole

(1) *Leg.* 1. §. 7. *Leg.* 52. §. 2. *D. de obligat. & act.*

(2) *Leg.* 20. *Cod. de comittend. stipulation.*

(3) §. 1. *h. tit.*

role solenni, ma che poscia fu portata la Costituzione Leoniana, determinando il contenuto, e lo spirito della medesima soggiunge: „ Essa togliendo via qualunque solennità di parole, al-
„ tro non ricerca per la validità dell' atto, se non
„ che consonanza di sentimento nelle proposizio-
„ ni d' ambe le parti, qualunque poi siano i ter-
„ mini, coi quali il sentimento s' esprime. "

Non siamo più dunque in dovere di rispondere per le rime, a così dire, a chi ci domanda, onde s' egli dice: *Promittis? Spondes? Fide-Jubes?* siamo tenuti a replicare: *Promitto*, *Spondeo*, *Fidei-jubeo*, acciò la stipulazione sussista: basta il rispondere a proposito, e mostrare di acconsentire coll' aggiustatezza del sentimento, e basta, che il linguaggio sia inteso dal contraente, quantunque sia diverso dal suo, e varrà per l' obbligazione il rispondere in francese, o in greco a chi m' interrogò in italiano, o in latino.

Altra proprietà essenziale di questo contratto è quella, che non rimanga obbligato in virtù della stipulazione, se non se un solo de' contraenti, quegli cioè, che risponde. Dal che ne avviene, che essendo questo contratto introdotto, affinchè accertarsi possa ciascuno d' ottenere, quanto è di suo vantaggio, e che per altro modo non avrebbe potuto giudiziariamente ottenere; le stipulazioni non producono effetto, qualunque volta non si domanda per se medesimo, ma per altra persona, la quale o non sia in nostra podestà, o non sia di nostro interesse, che venga a lei fatta, o data una qualche cosa. Abbiamo un bel testo d' Ulpiano. „ Non può chichessia stipulare a co-
„ modo altrui, toltone se un servo stipulasse pel
„ suo

„ suo padrone, o un figlio pel suo genitore.
„ Questa spezie di contratto fu ritrovata ad og-
„ getto di facilitare ai particolari l'acquisto di ciò,
„ che è di loro interesse l'acquistare: ora non
„ va del nostro interesse, che si dia, o non si
„ dia qualche cosa ad un altro (1)."

§. III.

La nozione medesima ci porge il fondamento eziandio delle varie spezie, nelle quali le stipulazioni possono essere distinte. Imperciocchè elleno hanno per oggetto l'assicurare al domandante ciò, che gli è di vantaggio il conseguire. Ora può essere di vantaggio tanto, che data gli sia una spezie, la quale non ha, quanto che una persona impieghi l'opera, e il ministero suo per farli ciò, che non ha. Dal che ne segue, che la stipulazione, riguardo alla materia, altra sia reale, altra di fatto. Reale quella, in cui s'obbliga uno a darci, e trasferire in poter nostro una spezie, o una sostanza; a cagione d'esempio di darci un libro, un determinato cavallo, una specificata quantità di soldo.

Di fatto quella, in cui si obbliga uno positivamente a prestare l'opera sua per dare esistenza ad una cosa in nostro vantaggio; o negativamente a non impedire, che una cosa a pro nostro si faccia. La distinzione del fatto in positivo, e negativo è conforme alla distinzione delle servitù, e rincontrasi autenticata espressamente nelle leg-
gi,

(1) *Leg.* 38. §. 17. *Leg.* 126. §. 2. *D. de V. O.* §. 4. *de inut. stip.*

gi, come là, ove Ulpiano dice (1): „ Pare, „ che stipuli un non so che d' incerto, chi sti- „ pula l' azione, o la non azione d' un altro. „ Sarebbe stipulazione di fatto lo scavare una „ fossa, il fabbricare una casa; e stipulazione di „ non fatto il non recare impedimento, onde per „ me si possa e gire, e carreggiare per un fon- „ do, il non frapporre ostacolo, onde riaver pos- „ sa un mio servo. "

La materia, intorno a cui versa il contratto può essere o certa, o incerta; e perciò la stipulazione del pari in Certa, ed Incerta dividesi. Dirassi certa qualora dalla stessa enunciazione rilevasi la spezie, o la sostanza, o la quantità determinata, la quale fu e domandata, e promessa, come sarebbe, dice la legge (2), se si dicesse, io prometto il fondo Tusculano, il servo Stico, moggia cento di frumento il migliore dell' Africa, barili cento del più abboccato vino della terra di lavoro, dieci filippi d' oro. Il nome, il numero, il luogo, la misura, sono circostanze piucchè sufficienti per individuare le spezie, e determinare la quantità. Ma qualunque volta non si può per mezzo di qualche nota indicativa accertare nè che, nè quanto sia stato promesso, la stipulazione dicesi incerta; come sarebbe, se venisse promesso un fondo senza individuarlo, un uomo, o una bestia senza nominarla, una quantità senza limitarla, ovvero una qualità suscettibile di gradi senza fissarne alcuno. Che però Ulpiano ebbe a decidere (3), che se uno dicesse di

(1) *Leg.* 75. §. 7. *D. de V. O.*
(2) *Leg.* 74. §. 5. *D. eod.*
(3) *Leg.* 75. §. 2. *D. de V. O.*

di obbligarsi a dare cento bottiglie di vino, o cento moggia di frumento buono, comecchè la bontà di questi generi è relativa, e sempre capace di più, o di meno, potendosi dare un buono, di cui un altro individuo, o un'altra spezie sia a paragone migliore; questo tale avrebbe fatto una promessa incerta.

§. IV.

Non essendovi contraddizione veruna, che possiamo obbligarci a dare, o fare una qualche cosa in favore di un altro, o immantinente, e senza dilazione di sorta, o col rimettere l'esecuzione a un certo tempo, o col far dipendere la produzione dell'obbligo nostro dall'eventualità di un qualche effetto, egli è manifesto, che le stipulazioni possono dividersi in pure, stipulazioni a tempo, e stipulazioni condizionali. Pure sono quelle, l'esecuzione delle quali non resta sospesa nè da evento alcuno, nè da tempo, come se detto fosse: promettete di darmi cinquanta scudi? Ve li prometto (1). A tempo son quelle, nelle quali l'esecuzione resta fissata a qualche tempo espresso nominatamente nel contratto. Ora tre modificazioni diverse apporsi possono al tempo; essendochè si può apporre o per principiare l'obbligazione, e allora appunto dicesi *ex die*, o per continuarla durante un dato spazio, e allora dicesi, *ad diem*, o per terminarla compito uno spazio determinato, e allora dicesi *in diem*. Condizionali son quelle, nelle quali fassi dipendere l'esistenza dell'obbligazione dall'attualità di un qualche

(1) §. 2. *h. tit.*

che evento futuro contingente, come se convenuto fosse di dare, se domani sarà il cielo sereno.

Come però discorrendo dell' istituzione degli eredi, ragionato si è a lungo della varia natura, e degli effetti differenti delle diverse spezie di condizioni, così per ischivare una superflua ripetizione nojosa delle cose medesime, ci contenteremo al presente di additare brevemente gli assiomi legali, i quali hanno luogo relativamente alle condizioni, ed al tempo apposto alle stipulazioni, e questo tanto più, quanto, che tale dottrina non solo è di uso nelle stipulazioni sole, ma è adattabile ancora a qualunque altra spezie di contratto.

§. V.

Sia dunque la prima proposizione. Ogni qualunque volta, che la stipulazione è concepita puramente, nasce l' obbligazione di adempierla immediatamente, e immediatamente compete l' azione di costringere il promettitore ad eseguirla. Infatti ognuno ha diritto di costituirsi debitore anche sul fatto. Egli è questo un effetto della proprietà, e del libero arbitrio. Come conoscere, che la volontà si fa di non costituirsi debitore, se non dopo un certo tempo, o nella supposizione di un certo evento, se non si spiegò nè l' una, nè l' altra di queste restrizioni nel contratto? Dunque, se la stipulazione fu pura, il debitore assunse in se stesso l' obbligazione di eseguirla appena, che dichiarò la sua volontà. Se subito, che dichiarò la sua volontà, contrasse la necessità di eseguire, trasferì simultaneamente

te il diritto di esigere il compimento nell' altro contraente, essendo relative le idee di facoltà, e di necessità, di diritto, e di obbligazione. Dunque, se la stipulazione è pura, appena enunciata, ch' ella fu e cede, e viene il momento di eseguirla, cioè puossi costringere efficacemente il contraente all' adempimento del pattuito. Una tale idea i latini l' esprimevano coi termini, *Cedit, & venit dies obligationis*. Rapportiamo le parole stesse d' una famosa legge in questa materia (1):
„ *Cedere diem*, vuol dire, che principia il credi-
„ to in noi, e il debito in altri, rispetto ad una
„ somma di soldo. *Venire diem*, vuol dire, esser
„ giunto il momento, in cui si può giuridica-
„ mente riscuoterla. Ora se uno avrà stipulato
„ puramente, il momento e cede, e viene tutto
„ ad un tratto. "

La condizione, la quale ha per soggetto una qualunque azione avvenuta o prima, o nell' atto di fare la stipulazione, quantunque la di lei esistenza cognita non sia ai contraenti, non è sospensiva dell' obbligazione, ma subito ne produce l' effetto. Se nel mese di Settembre la guerra fu dichiarata fra la Moscovia, e la Porta, mi darai cento scudi; nel momento del contratto deve essere verificata già la dichiarazione, o non dichiarazione di guerra, dovendo necessariamente tra due proposizioni contrarie una esser vera, e l' altra falsa, e in conseguenza nell' atto stesso della stipulazione, o è già contratta l' obbligazione di darmi, essendo il fatto avverato, o non la si contragge più, non essendo il fatto seguito. Può ben dar-

(1) *Leg.* 213. *D. de V. S.*

darsi, dice Giustiniano (1), che la realtà del fatto sia incerta rispetto ai contraenti; ma essendo infallibile la sua esistenza, o non esistenza, l'obbligazione non rimane sospesa.

Vera condizione è dunque quella, la quale fa dipendere l'esistenza dell'obbligazione dalla esistenza d'un qualche avvenimento contingente, e futuro. Io dico: prometto di dare, se partorirà vostra moglie un figlio maschio. La stipulazione è condizionata, perchè dipende il di lui effetto dall'attualità d'una cosa non ancora esistente, la quale tanto è possibile, che succeda, quanto che non succeda. Ora ne' contratti condizionali nessuna obbligazione di dare, e nessun titolo di pretendere si produce nelle parti contraenti, quando prima verificata non sia, ed adempita la condizione; e però dice Ulpiano (2): *Sino a che la condizione stassi pendente, nè cede, nè viene il tempo dell'obbligazione*.

Nelle stipulazioni, e ne' contratti celebrati sotto condizione, se addivenga, che il creditore, o lo stipulante sen muoja, o soffra cangiamento di stato avanti dell'adempimento della condizione, trasmette nei suoi discendenti, ed eredi il diritto nascente dal contratto in virtù della condizione, quantunque verificata dopo la di lui morte. Egli è vero, che altro questo non è, fuorchè una semplice aspettativa, e speranza; speranza però, che divenir reale potrebbe, ogni qualvolta l'evento accadesse. Un così fatto diritto sarebbesi comunicato al contraente nell'ipotesi, che si fosse avve-

(1) §. 6. *h. tit. Leg.* 37. *D. de reb. cred.*
(2) *Leg.* 213. *D. de V. S.*

rato l'effetto, essendo egli ancor vivo. Contraendo egli dunque tanto per se, quanto per gli eredi suoi, trasmette in loro quella relazione, che già aveva, e quella stessa capacità di esigere, ch' avrebbe egli avuto, se trovato vivo si fosse al tempo della verificazione della condizione. Tutto all' opposto si osserva nelle eredità, e ne' legati condizionatamente disposti; perchè in questi, se nella persona del primo erede, o legatario istituito non si purifica la condizione, svanisce la disposizione, e cessa l'aspettativa, e la rappresentanza negli altri, che hanno da ricevere le robe d' altri da lui.

La ragione della differenza consiste in questo. L'eredità, ed il legato non si trasmette in altri, se prima non si fa l'adizione. L'adizione non ha luogo, se prima non si verifica nella stessa persona e la vocazione, e il caso all'eredità. Non ci è vocazione, e non ci è il caso di succedere prima dell'adempimento della condizione, alla quale il testatore legò il caso, e la vocazione. Dunque prima della purificazione della condizione, l'eredità, ed il legato non sono trasmissibili: che però supposta una disposizione, che l' erede sia tenuto al tempo di sua morte di dare il legato; qualunque volta vivente ancora l' erede, venga a morte il legatario, egli non trasmette il legato, e in conseguenza Ulpiano generalmente rispose (1): se legato sarà sotto condizione, non cede il tempo del legato, se prima adempita non sia la condizione, anche nel caso, che l' adempimento d'essa dipendesse dalla libera podestà

(1) *Leg.* 4. 5. §. 2. *D. quando dies leg. ced.*

stà dell'erede. Ma nelle stipulazioni, essendochè in esse si considera quel solo tempo, nel quale si fanno, la condizione avvenuta susseguentemente si retrotragge, e purificata si finge in quel preciso istante, in cui stipulossi il contratto. L'erede dunque rappresenta la persona del contraente, quantunque questi tralasci d'esistere prima dell' adempimento reale d'una condizione, la quale per legge debbesi considerare avverata sino dal principio della stipulazione medesima. Ecco un esempio. Stipula un figlio di famiglia sotto la condizione, se sarà emancipato: la condizione si effettua. Il di lui padre ha diritto di costringere il debitore, quantunque abbia dopo emancipato il figliuolo. ,, Compete, rispose Paulo (1), al pa-
,, dre l'azione, perchè nelle stipulazioni assi ri-
,, guardo a quel tempo, in cui si contragge. "
Data la quale decisione, e da altre molte analoghe a questa formossi un assioma generale, espresso così da Pomponio (2): ,, In quel caso,
,, che dopo la nostra morte, passano i legati ai
,, nostri eredi, in quel medesimo caso gli acqui-
,, stiamo a vantaggio di coloro, sotto la cui po-
,, destà viviamo: ma se all' opposto stipulia-
,, mo sotto condizione, acquistiamo in qualunque
,, circostanza per loro, anche se la condizione si
,, avverasse, dacchè liberati ci siamo dal loro po-
,, tere. "

R 2 §. VI.

(1) *Leg.* 18. *D. de V. S. Leg.* 10. *D. qui pot. in pign.*

(2) *Leg.* 18. *D. de R. T.*

§. VI.

Tanto all' eredità, quanto ai contratti aggiungere si può una condizione negativa, la quale produce, e genera obbligazione nell' ipotesi, che non si faccia una cosa, il dare esistenza alla quale dipende dall' arbitrio del contrattante, o dell' erede, come se detto fosse, se non monterai in Campidoglio, mi darai cento scudi; o se scritto fosse istituisco Cajo mio erede, se si addottorerà. Ben si vede, che nell' arbitrio dell' uomo essendo posta la verificazione di un tal fatto, nè essendovi posta limitazione di tempo, l' effetto della condizione d' una simil natura non può accertarsi, se non dopo la morte o del debitore per contratto, o dell' erede scritto in testamento. Con tutto ciò anche in questo punto v' ha una notabile differenza fra le ultime volontà, ed i contratti. In quelle, affinchè abbia effetto la disposizione testamentaria, l' erede può adire liberamente l' eredità, purchè esibisca la cauzione Muziana agli eredi ab intestato, che sarà per restituire ad essi il patrimonio del defunto nel caso, che per lui in qualunque tempo la condizione non si verificasse. In questi l' obbligazione di dare rimane sospesa sino alla morte di chi promise: E però Papiniano ebbe a dire: „ Se io stipulerò in questo modo: se non ascenderai in Cam-
„ pidoglio, o se non te ne andrai in Alessan-
„ dria, mi assicuri, che verannomi sborsati cento
„ ducati? Non si esigerà l' effettuazione del con-
„ tratto, quand' anche gito non te ne fossi in
„ Alessandria, o salito in Campidoglio non fossi;
„ ma

„ ma allora soltanto, che si potrà considerare „ come cosa certa, e sicura, che non si potrà „ mancare ". Ora potendosi alla promessa mancare sino a tanto, che rimane in vita il patteggiante, ne segue, che l' effetto di così fatte condizioni rimanga insospeso per tutta la sua vita, e in conseguenza, che solo riguardo agli eredi, e successori de' contraenti incominci ad aver luogo il contratto.

Possono inserirsi ne' contratti tanto condizioni e per natura, e per legge possibili, quanto e per l' uno, e per l' altro riguardo impossibili. Una condizione possibile differisce il contratto sino a che ella si adempie, o come spiegasi Ulpiano (1), nè viene, nè cede il tempo dell' obbligazione, sino a tanto, che la condizione è pendente. Ma posto, che vi apponga una condizione per qualunque modo impossibile, non potendosi in allora il soggetto dell' accordo eseguire o per mancanza, o per inapplicabilità delle forze de' contraenti, la convenzione rendesi inefficace, e non viene prodotta da essa obbligazione veruna. „ Non solo (2) „ le stipulazioni fatte sotto condizione impossibi- „ le, sono di nessun valore, ma eziandio tutti „ gli altri contratti, le vendite, le affittanze si „ rendono vane, ed inutili coll' inserirvi condi- „ zioni impossibili; e così generalmente parlan- „ do, sono vane, ed inutili le stipulazioni, che „ anno per oggetto azioni turpi, e disoneste, „ come se uno promettesse di commettere un sa- „ crilegio, o un omicidio ". Dirà forse taluno, che

(1) *Leg.* 213. *D. de V. S.*

(2) *Leg.* 31. *D. de obl. & act. L.* 26. 27. *D. de V. oblig.*

che le eredità lasciate sotto condizione impossibile o per legge, o per natura si riconoscono per valide; che il testamento, in cui furono scritte, deve essere eseguito, e che similmente ragionare dobbiamo delle stipulazioni, e degli altri contratti. Alla quale opposizione rispondesi, che le ultime volontà qualunque volta sotto impossibile condizione si facciano, la condizione apposta resta annullata, e si considera, come se scritta non fosse, rimanendo però ferma, ed intatta la disposizione testamentaria; mentre all' opposto in un contratto la condizione impossibile annulla interamente, e distrugge l' effetto della convenzione. La ragione della diversità della definizione delle leggi in questo proposito è fondata sulla differenza della natura degli atti medesimi. Un testamento si suppone fatto nel tempo, in cui non può più cangiarsi dal disponente: egli è questo l' ultimo atto del suo arbitrio, e della sua autorità; l' avrebbe senza dubbio cangiato, ed avrebbe abolita la condizione, se potuto avesse riflettere sulla di lei assurdità, e sulle di lei conseguenze. Un contratto si fa con deliberazione di spirito, e in tempo, che l' uomo può ravvedersi del fallo, e cangiare, e modificare un difetto, che si oppone alle più naturali, ed evidenti convenienze. Se il testamento non si cangia, non si cangia, perchè si suppone, che il testatore non abbia poscia potuto rimediare col cancellarla, e ritrattarla la condizione, che gli uscì dalla penna, e perciò vollero le leggi, che la disposizione reggesse, e che la condizione si considerasse, come se nemmeno mai scritta vi fosse. Se il contratto fatto in pieno corso di vita non si muta, e se

non

non si prevalgono le parti della facoltà, che anno, e del loro arbitrio, e del tempo, meritano d'esser punite, e l'assurdità delle condizioni tragge seco l'invalidità del contratto. Di più: in un testamento la volontà del testatore fa il tutto; l'erede non la sa; l'erede non vi acconsente. Perchè dunque castigarlo coll'irritare una disposizione, nella quale egli parte alcuna non v'ebbe? Nel contratto v'intervengono, vi danno espressamente l'assenso tutti gli individui, che ci hanno interesse. Supposto dunque, che vi sia una qualche condizione impossibile, ella fu voluta, ella fu approvata da tutti. Concorrendo dunque tutti nel medesimo ingiusto volere, egli è giusto, che sieno tutti egualmente puniti, e che a danno commune di loro rimanga senza valore il contratto: Meciano è l'autore della risposta (1): „ In un affare, il quale dipende dall'acconsentimento di due, o di più, devesi aver riguardo alla volontà di ciascuno: ora in tal circostanza presumesi, che non abbiano realmente voluto contrarre apponendo al contratto una condizione, che tutti ben sanno essere impossibile ".

§. VII.

Ogni contratto può rimettersi ad un tempo, tanto per il cominciamento, quanto per la durata dell'obbligazione. Quando si determina tempo per cominciarne l'obbligazione, conviene avvertire, se sia questo certo, o incerto. Tempo incer-

(1) *Leg.* 31. *D. de obl. & act.*

certo dicesi quello, il quale non si sa precisamente, quando abbia a venire, sebbene indubitabile cosa sia, che o presto o tardi sarà per venire. Mi darete, quando Tizio morrà: quando verrà la nave dall' Indie? La morte è infallibile; il ritorno d'una nave è probabile; ma il momento dell'uno, e dell'altro di questi due eventi è indeterminabile, e incerto. Tempo certo dicesi quello, il quale dopo un certo prefisso periodo, deve giungere immancabilmente; a cagione d'esempio: mi darete da quì a due anni; mi darete sino alle Calende di Maggio. L'incertezza del tempo apposto ai contratti equivale ad una condizione. In un contratto stipulato nè cede, nè viene il giorno dell'obbligazione, se non dopo, che si è purificata. Dunque non si contragge obbligazione veruna, qualora il tempo è incerto, se prima esso arrivato non sia (1). La certezza del tempo aggiunto al contratto produce immantinente l'obbligazione: chi promise può soddisfarla, se vuole anche prima, che sopravvenga il giorno stabilito, perchè principiò già ad essere debitore, quantunque astringerlo il creditore non possa a di lui malgrado al pagamento, se non è passato prima tutto intero lo spazio del tempo assegnato (2).

Che se poi nelle stipulazioni tempo si apponga per terminare, o finire l'obbligazione, come avverrebbe, se detto fosse, mi darete sino all'anno venturo, o per tre anni seguenti dieci scudi; nasce di subito e l'obbligazione di corrispondere, e il

(1) *Leg.* 75. *l.* 192. *D. de cond. & demons.*
(2) §. 2. *h. tit. Leg.* 46. *D. de V. O.*

il diritto di esigere. Anzichè parlando secondo il rigore dei principj della giurisprudenza civile, comecchè non può costituirsi alcun debitore a tempo, nè il tempo per se medesimo è annoverato fra i modi di cancellare, e di estinguere un' obbligazione legittimamente contratta, codesta obbligazione stipulata a tempo, ovvero *ad diem*, non solo è pura, ed eseguibile subito, ma di più per sua natura diventa perpetua, e in conseguenza ne potrebbe essere domandato l'adempimento anche dopo il tempo determinato. Se non che non permettendo l'equità, e la buona fede, che si riscuota di bel nuovo ciò, che fu una volta pagato, e ciò, che richiesto non fu dentro quel tempo, in cui si convenne, che venisse richiesto, se lo stipulatore (1) dopo il tempo limitato insorgesse a formare domande, rigettarsi potrebbe codesta pretesa coll' eccezione o del patto convenuto, o d'un'ingannevole soperchieria.

§. VIII.

Può stipularsi, come abbiamo osservato, non solo, che data ci venga una qualche cosa, ma che eziandio venga operata una qualche cosa a nostro vantaggio. Ma ci è dubbio, che promettersi non possano i fatti, e diventare materia delle stipulazioni; tendono da una parte al comodo altrui, e dall'altra sono ineseguibili dalle forze, e dall'industria dell'uomo, il quale può volontariamente questo carico imporsi. Da questo sembra, che possa inferirsi eziandio potersi astrin-

gere

(1) *Leg.* 445. *D. de O. & A. L.* 52. §. 3. *D. de pact.*

gere il debitore di un fatto all'adempimento precisamente di quanto obbligossi ad operare, che non è illecito in se, che ha forze sufficienti per fare. Ma avvegnacchè vi ha sempre un non so che d'umiliante, e di servìle nell'essere costretto a certi lavori, e fatture ricercanti l'impiego della persona, e avvegnacchè in così fatte stipulazioni si tratta sempre dell' interesse di un terzo, qualunque volta questo interesse è compensato, e supplito, le Romane leggi attente a preservare i cittadini da quegli aggravj tutti, che aver potessero l'ombra di servitù, considerarono le stipulazioni di fatto, come stipulazioni divisibili, cioè come tali, le quali obbligassero i debitori all' alternativa, o di compiere il fatto promesso coll' opera, ovvero di compensare gli interessi allo stipulatore, corrispondendogli l'equivalente del valore dell'opera in luogo dell'opera stessa. Fu questo il sentimento di Tuberone, e di Celso, i quali, al riferire d'Ulpiano (1), opinarono, che nel caso, che avessimo stipulato un qualche fatto per noi, e che questo non ci venisse eseguito, ci competa diritto di esigerne il proporzionato valore; e che però anche in quest'ipotesi divisibile la stipulazione si renda, potendosi intentare domanda, per ottenere la giusta stima del fatto. Potendosi dunque sostituire la stima del fatto al fatto medesimo, e questa stima essendo suscettibile di varietà infinite, attesa la varietà infinita delle circostanze, che possono alterare il calcolo della medesima, e perciò dandosi luogo a mille controversie, e litigi, saggio è l'avvertimento di

Giu-

(1) *Leg.* 72. §. 1. *D. de verb. obblig.*

Giustiniano (1), d' inserire cioè nella stipulazione di fatto una determinata pena pecuniaria da pagarsi nel caso, che il fatto non si eseguisca col dire: mi farai la tal cosa? e se ella fatta non mi fia, mi darai dieci scudi in pena? perchè in questo modo nè la quantità del debito rimane più incerta, nè l'attore è in necessità di provare, e liquidare il suo interesse, e discapito.

§. IX.

La stipulazione è un contratto unilaterale: ella non obbliga, se non che il solo promettitore all' adempimento dell' assunto suo impegno di dare, o di fare una qualche cosa. Essendo perciò correlative le azioni alle obbligazioni, da questo contratto non viene prodotta, se non che una sola azione detta *ex stipulatu*, la quale nel caso, che sia promessa una cosa o per natura sua, o per le sue modificazioni determinata, appellasi *actio certi*, e in caso, che sia promesso un fatto, il di cui valore è incerto, appellasi *actio incerti*.

(1) §. 7. *h. tit.*

TITOLO V.

Di due rei di stipulare, o di promettere.

§. I.

Ed uno, e due, e più possono stipulare da un altro; ed uno, e due, e più possono promettere; ma non però l'esservi più persone, o stipulanti, o promettenti diventa un criterio certo, e legale della rispettiva loro correità. Affinchè abbia luogo la correità fa di mestieri supporre, che due persone domandino da una stessa persona la medesima cosa precisamente, e tutta intera la medesima cosa, e tutta interamente in un qualche modo indicante questa loro particolare volontà, il quale autorizato sia dalle leggi. L'identità della materia o stipulata, o promessa, la pluralità de' creditori, o de' debitori non basta a costituirli correi, perchè queste due circostanze non bastano a far sì, che ciascheduno degli stipulanti possa esigere, o ciascheduno separatamente dei promettitori possa costringersi al pagamento intero di tutta la somma dedotta in contratto: ma l'azione degli uni, e l'obbligazione degli altri resta limitata unicamente alla quota parte, che sarebbe per toccare ad ognuno, fatta che fosse la divisione del totale della somma a proporzione del numero o dei creditori, o dei debitori. Papiniano espresse con chiarezza questa dottrina legale, dicendo (1): „ Trovandosi scritto, che quello, e „ quel tale aveano stipulato per se tante mone-
„ te;

(1) *Leg.* 11. §. 1. 2. *D. de duob. reis.*

„ te; e non essendovi aggiunta altra particolari-
„ tà indicante d'essersi resi correi di stipulazione:
„ e l'uno, e l'altro pare, che non siano credi-
„ tori, se non se della respettiva loro tangente.
„ Ed all'opposto trovandosi pattuito in questi ter-
„ mini: Giulio Carpo domandò per se tanti zec-
„ chini, e glie li promettemmo io Antonino Achi-
„ leo, e Cornelio Divo: pare, che i debitori
„ non sieno se non della loro tangente, perchè
„ non ci era aggiunto d'essersi obbligati in ispe-
„ zialità, e solidariamente, onde divenire correi
„ di promessa ".

L'essenziale proprietà dunque della correità consiste nell'azione, e nell'obbligazione solidaria nel diritto competente a ciascheduno dei creditori di domandare l'intero nella necessità, in cui ciascheduno de' debitori si trova di corrispondere l'intero senza divisione alcuna fra i compagni. Ma questa consolidazione, questa indivisibilità essendo un effetto del libero volere de' contraenti, quale criterio ci si dà per giudicare, che siasi un tale consenso prestato nelle stipulazioni? Ogni volta, che stipulano più persone domandando una cosa medesima, e che questa viene a tutti promessa, o che fatta la domanda da un solo, più persone rispondono, che ciascheduna di esse sarà per darla; una tale interrogazione, ed una tale congrua risposta è per legge indizio sicuro del consentimento *in solidum*, e perciò un atto producitore della correità (1). Sarà dunque la correità un' identità di diritto in più persone di esigere ciascheduna in particolare, o di obbligazione di dare cia-

(1) *Leg.* 1. 2. *D. eod.* §. 1. *h. tit.*

ciascheduna tutto interamente ciò, che fu dedotto in contratto; identità risultante dall' uniformità d'una precedente interrogazione, e di una susseguente risposta. Quelli, i quali domandano da un solo una cosa medesima, la quale egualmente a tutti nella stessa risposta viene promessa, diconsi correi di stipulare; e quelli, che interrogati da un solo, gli rispondono coll' assumere tutti l' obbligazione medesima, diconsi correi di promettere.

§. II.

L' uniformità dell' interrogazione, e della risposta è la base della correità; senza di questa non si dà stipulazione, e la sola stipulazione, secondo le leggi Romane, può produrre la correità. Questa uniformità in più rei di stipulare esige, che domandino tutti il medesimo, e che il medesimo venga a tutti egualmente promesso; in più rei di promettere esige, che da ciascuno di essi separatamente, o unitamente cogli altri venga esibita la stessa cosa al domandante. Quindi Giustiniano ci insegna (1): „ Che rei di stipulare divengano quelli, all' interrogazione separata dei quali il debitore risponde: e all' uno, „ e all' altro di voi io prometto di dare "; e Pomponio ci avverte, che come rei di promettere contraggono obbligazione quelli, i quali interrogati rispondono individualmente: Io prometto; o interrogati singolarmente rispondono ad una voce: il promettiamo.

(1) *Pr. h. tit. L. 4. D. eod.*

Affin-

Affinchè la stipulazione possa dirsi uniforme nella domanda, e nella risposta, ci vuole, che non vi sia interruzione, e che l'una a l' altra immediatamente succeda: esser vi deve continuità di atto tra lo stipulare, e il promettere, dice Venalejo (1), altrimenti l' interruzione frapposta rendendo la stipulazione diversa, la rende incapace altresì di produrre correità fra le parti. Ciò però và inteso colla dovuta conveniente riserva. Un moderato intervallo di tempo; un' azione frammessa tra l' interrogazione, e la risposta, la quale azione non si opponga all' atto, che si fa, nè diverta l' attenzione sopra altri oggetti, non rompono l' unità del contesto necessaria alla stipulazione. „ Allora, dice la legge (2), non potrebbero considerarsi due per correi, se uno „ promettesse in oggi, ed il secondo in domani; „ e quand' anche si rispondesse nel giorno istesso, non nascerebbe obbligazione però, qualora „ fatta già l' interrogazione, lo stipulante, e il „ promettitore si divagassero prima di dare, o di „ sentire la risposta, in altri negozj, ed affari „ civili, eccentrici affatto alla stipulazione cominciata ".

Finalmente, perchè prodotta sia per la stipulazione la correità, è necessario indispensabilmente, che e gli stipulanti, e i promettenti s' accordino nello stesso soggetto; essendochè qual contratto vi sarebbe mai, se non ci fosse tendenza delle volontà ad un medesimo fine? Come però per costituire due correi, fa d' uopo, che accon-sen-

(1) *Leg.* 137. *D. de V. obblig.*
(2) *Leg.* 12. 6. §. 13. *D. de duob. reis.*

sentano in una cosa stessa, non è d'uopo del pari, che siano in ognuno di essi identiche le modificazioni dell'obbligazione, e del consenso. Mi spiegherò con un esempio. Stipulo così: Cajo mi prometti tu dieci moggia di frumento? E queste dieci moggia me le prometti anche tu, Sejo? Fingiamo, che il primo me le prometta puramente, e condizionatamente il secondo: ambedue acconsentono nella sostanza, e nel soggetto medesimo, ma le modificazioni del loro consenso sono diverse; e pure divengono per ragione del contratto correi. Udiamone da Fiorentino la decisione (1): „ Di due rei di promettere „ l'uno può obbligarsi a tempo, o sotto condi„ zione, nè il tempo, nè la condizione mi sarà „ d'impedimento, onde lecito non mi sia il pre„ tendere il pagamento da quello, che si obbligò „ puramente. "

§. III.

La decisione di Fiorentino ci addita l'altra proprietà essenziale della correità. Supposto, che ci siano due rei di stipulare, anno ambedue domandata per se la cosa medesima. Supposto, che ci sieno due rei di promettere, anno preso ambedue l'obbligo in se della cosa medesima: anno dunque i primi un diritto solidario di esigere; anno i secondi un'obbligazione solidaria di pagare. Dunque ne verrà in conseguenza, che ciascheduno de' correi stipulanti possa esigere il debito intero promesso, e che pagato che sia dal debitore

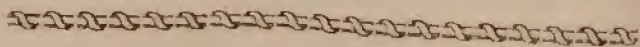
(1) *L. 7. D. eod. §. 2. h. tit.*

tore quanto ha promesso ad uno de' correi stipulanti, non competa agli altri pretensione, nè azione veruna contro di lui, perchè come giudiziosamente Venulejo riflette (1), avendo ogni, e cadaun correo stipulante diritto alla quantità, o alla spezie medesima, chi primo fra gli altri la domanda, e la ottiene, se l'aquista a giusto titolo, come se il solo egli fosse, che avesse stipulato, e rende libero il debitore. Ne verrà in conseguenza del pari, che avendo ogni correo stipulato per se medesimo, egli non sia tenuto a comunicare cogli altri porzione di quello, che dal debitore riscosse, quando altrimenti pattuito non avesse con essi, o non fosse seco loro in relazione di società (2).

In virtù dello stesso principio, ogni correo di promettere è obbligato in sua spezialità a dare tutto interamente ciò, che fu dedotto in contratto. Dunque potrà ogni correo esser convenuto in giudizio ad arbitrio dello stipulante. Dunque essendo questi stato soddisfatto coll' aver ricevuto da uno, quanto se gli doveva, il pagamento fatto da uno dei correi estingue totalmente l' obbligazione anche negli altri, perchè essendo una sola la cosa dovuta, ed una sola essendo l'obbligazione contratta, sia che o l'uno, o l'altro l'adempia, tutti indifferentemente vengono ad essere liberati (3). Ed essendo vero, che ciascheduno in particolare si addossò l' obbligo intero, vero

(1) *L. 31. §. 1. D. de novation.*
(2) *Leg. 162. D. ad L. falcid.*
(3) *Leg. 3. §. 1. D. de duob. reis const. L. 20 D. ad S. C. Vellej.*

Vedi / 891. — Cod. Civ. Univers. e seguenti

era altresì, che nè lo stipulatore era tenuto a divider l'azione, proponendo la pro rata contro ciascheduno de' correi; ed era vero, che soddisfacendo uno di loro all'intero del debito, non aveva regresso contro il compagno, quando o non fossero tutti in società di negozio, o quando lo stipulante non avesse cedute le azioni a se competenti (1). Ma ne' tempi posteriori restò e definito per legge, e confermato per uso, che fuori del caso di un patto espresso in contrario, o fuori del caso d'impotenza, in cui si trovasse un de' correi di supplire alla sua porzione, il peso del pagamento debbe essere egualmente diviso fra tutti (2); del che ragioneremo distintamente più a basso.

TITOLO VI.

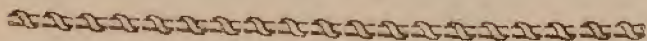
Delle Stipulazioni de' Servi.

§. I.

Secondo le disposizioni del diritto Romano, i servi non entravano nè punto, nè poco nelle relazioni della società civile. Erano pure cagioni istromentali del volere de' loro padroni: incapaci per se medesimi di dominio, ciò, che acquistavano, lo acquistavano a quelle persone, sotto la pode-

(1) *Leg. 36. D. de fidejus. Leg. 2. Cod. de duob. reis stip.*

(2) *Nov. 99. Cap. 1.*

podestà delle quali vivevano. Qualunque volta dunque un servo stipulava una qualche cosa da un altro, tutto il vantaggio, e l'azione risultante da questo contratto competeva al di lui padrone, o all'eredità ancora giacente, se fosse servo ereditario, ma in nessun caso a lui medesimo. L'uso de' servi essendo ora, e da più secoli abolito, ben si vede, che la dottrina di questo Titolo rendesi affatto inutile.

TITOLO VII.

Della divisione delle Stipulazioni.

§. I.

Le divisioni delle stipulazioni, che abbiamo spiegato di sopra, sono prese dalla natura medesima, e dal concetto di questo contratto. Riguardo all' estrinseche cagioni del medesimo possono ancora variamente dividersi, e di queste differenze presentemente si tratta. E affinchè più agevolmente comprenderne possiamo il fondamento, e la ragione, gioverà osservare con Ulpiano (1), che tutte le stipulazioni per loro natura sono altrettanti atti cauzionali, non contraendosi elleno ad altro fine, che per rendere più certo, e più sicuro ogni creditore, coll' interporre la stipulazione. Ora molte volte i semplici particolari vogliono, come loro il permette la legge, assicura-

(1) *Leg.* 1. §. 4. *D. de stip. præt.*

re le loro pretese colle stipulazioni, che accordano di prestarsi scambievolmente, le quali perciò diconsi convenzionali; e di queste infinito è il numero, come infinite sono le spezie de' contratti, che possono farsi (1). Molti casi però vi sono, ne' quali non essendosi colle necessarie stipulazioni cautelato l' interesse de' particolari cittadini, un sentimento d' equità, ed un principio di sana politica, eccita i Magistrati, e gli amministratori della giustizia a prescrivere certe stipulazioni, le quali debbono immancabilmente prestarsi da certe classi di persone, e in certe combinazioni di circostanze. Queste stipulazioni sono di tre spezie, pretorie, giudiziali, e promiscue, o comuni.

§. II.

Egli è noto quale fosse, quanto importante, e quanto estesa l' autorità de' Pretori di Roma. A questa magistratura, la seconda della Repubblica, era deputata la suprema amministrazione della giustizia. Toccava ad essa l' ispezione, che fossero osservate le leggi; ad essa l' interpretazione, e l' applicazione delle medesime ai casi particolari emergenti. Per ottenere un tale fine, ella aveva una giurisdizione proporzionata: proponeva ne' suoi Editti regolazioni per le procedure forensi: decideva sovranamente le questioni versanti sopra il diritto: delegava a' giudici la decisione delle controversie di fatto: le poteva anche queste avocare al suo Tribunale: in somma le leggi regolava-

(1) *Leg.* 5. *D. de V. O.* §. 2. *h. tit.*

lavano gli affari, ma il Pretore era l' interprete, e l' esecutore delle leggi. Ora questo Magistrato ne' suoi Editti prescriveva, secondo i principj d' equità, che in certi casi, ne' quali i contraenti avessero ommesso le convenienti stipulazioni, queste dovessero farsi, perchè, come notò Paulo (1), le stipulazioni Pretorie per lo più si comandano, qualora un contratto non è sicuro abbastanza, senza che ascriver si possa a colpa dello stipulante questo difetto di sicurezza. Intendiamo dunque per nome di stipulazioni Pretorie quelle, le quali vengono dal Pretore comandate nel suo Editto, e di queste ce ne arreca Giustiniano due esempj.

Il primo è nella stipulazione di risarcimento pel danno, che ad altri fosse inferito, *damni infecti* la dicono i latini; intendendo per questo nome un danno non già attualmente seguito, ma che può ragionevolmente temersi, che succeda, e succedendo pregiudichi, e scemi gli averi, e 'l patrimonio d' un terzo (2). Suppongasi, che vicina alla mia siavi una casa minacciante rovina. La caduta di essa apporterebbe nocumento allo stabile contiguo di mia ragione, senza alcuna mia colpa. Per assicurare dell' indenizzazione il proprietario, il Pretore nel suo Editto comanda, che il padrone, o chiunque si trova in possesso dell' edifizio rovinoso, o dia pegno, o stipuli solennemente, che se dentro un tempo determinato l' abitatore vicino risentisse danno alcuno per la caduta della sua fabbrica, egli sarà per compensarlo, e risarcirlo interamente.

(1) *Leg. 4. D. de stip. prӕt.*
(2) *Leg. 2. 3. D. de damn. inf.*

Il secondo esempio è nella stipulazione per la conservazione dei legati disposti, *legatorum servandorum*, la diceano i latini. Suppongasi, che in un testamento sia stato lasciato un legato o dopo un certo tempo, o dopo verificata, che sia una qualche condizione. Egli è vero, che il legatario non ha diritto di chiedere il legato prima dello spirare del tempo, e dell'adempimento della condizione; ma se frattanto l'erede deteriorasse, o consumasse la spezie in altrui favore disposta? Un principio d'equità, dice Ulpiano (1), indusse il Pretore ad assicurare le ragioni del legatario, perchè se è giusto, che l'erede goda del possesso dei beni del testatore, il quale lo beneficò, è giusto del pari, che ne siano i legatarj resi sicuri; e però resta ordinato nell'Editto, che qualunque erede, o istituito, o sostituito, o diretto, o fidecommessario di qualsivoglia stato, e condizione prometta legalmente, e stipuli coi legatarj, che sarà egli, nel tempo, e nel modo dal testatore fissato, per dare ad essi quanto a loro appartiensi senza frode, e malizia: e in caso, che l' erede negasse di esibire tale sicurtà, per decreto del Pretore medesimo vengono messi i legatarj in possesso delle cose disposte in loro vantaggio dal testatore.

§. III.

Qualunque volta nasceva fra particolari cittadini una controversia, che o non volesse, o non potesse il Pretore avocare al suo Tribunale, nedele-

(1) *Leg.* 1. §. 1. 2. *D. ut leg. serv. cav.*

delegava l'assolto, e la decisione ad un numero di persone scelte nell'ordine o de' Senatori, o de' Cavalieri, o de' Tribuni erarj, le quali in forza di questa delegazione diventavano giudici della medesima. Non avevano eglino per se giurisdizione veruna: udivano le ragioni, e le repliche delle parti litiganti, e sentenziavano in conformità della formola ad essi dal Pretore dettata. Come però la sentenza pronunziata doveva eseguirsi, e codesta esecuzione avrebbe potuto in certe circostanze eludersi con facilità, se non avesse diritto il giudice di render sicuro l'effetto coll' obbligare il reo a certe stipulazioni cauzionali: così poteano per ufficio del giudice essere queste comandate alle parti litiganti, e perciò dette furono giudiziali. Possiamo dunque definirle, stipulazioni esatte dai giudici, durante la procedura della causa ad oggetto di assicurare l'esecuzione della sentenza.

Tre stipulazioni giudiziali ci vengono da Giustiniano addotte in esempio: stipulazione di dolo; stipulazione d' inseguire un servo fuggitivo; stipulazione del rimborso del prezzo. Ha luogo la prima nel caso, che insorta essendo questione sopra il dominio d' una cosa, pronunziata sia la sentenza, che condanna il possessore della medesima a restituirla al collitigante, come al vero, e legittimo padrone proprietario, che la rivendicava qual sua. Ora l' effetto di un tale giudizio non è già la restituzione soltanto della spezie domandata, ma di tutti ancora i frutti o naturali, o industriali della medesima, di tutti gli accrescimenti, che le sopravvenero, di tutti gli acquisti per essa fatti in pendenza di lite, e dopo la

 con-

contestazione (1). Ora a cauzione maggiore del proprietario, è offizio del giudice l'obbligare il condannato a promettere, che sarà per restituire la cosa con tutti i frutti, ed appartenenze senza frode, e con puntualità, la qual cauzione è detta *de Dolo*.

Ha luogo la seconda nel caso, che dovendo un erede dare un servo lasciato in legato, e questo essendosi via fuggito, ovvero, che avendo uno con violenza tolto di casa un servo d'altrui, il quale siasi poscia colla fuga involato, supposta già formata la sentenza di condanna, è dovere del giudice d'astringere e l'erede, e'l superchiatore violento ad impegnarsi con solenne stipulazione, che faranno il possibile per rintracciare, e raggiungere il fuggiasco, e darlo in mano dell'attore, come e Cajo, e Callistrato anno risposto (2); e questa è chiamata cauzione *De persequendo Servo*.

Ha luogo la terza nel caso, che per inganno, o per colpa del reo condannato perita sia la cosa domandata; perchè in allora si esige promessa, che verrà all'attore data la somma equivalente al valore della spezie, che non può essere restituita (3), e questa è detta cauzione *de pretio restituendo*.

§. IV.

(1) *L.* 18. 20. *D. de rei vind.*

(2) *L.* 69. §. 5. *D. de leg. primo*. *L.* 13. §. 11. *D. quod. met. caus.*

(3) *L.* 25. §. 10. *D. famil. erc.*

§. IV.

Ma ci sono altre cauzioni, l'esigere le quali tanto necessario si rende per lo bene del pubblico, e per l'osservanza d'una naturale equità, quanto per l'interesse de' privati, o per l'immancabile effettuazione d'una sentenza. Appartiene dunque alla giurisdizione de' Pretori egualmente, che all'offizio de' giudici il comandare, che siano prestate, e per questa ragione appunto diconsi promiscue, e comuni. Due delle più usitate, ed importanti sono la stipulazione *Rem pupilli salvam fore*, e la stipulazione *de Rato*. Diamo una qualche nozione e dell'una, e dell'altra.

Può succedere, che d'uno stesso pupillo vi siano più tutori o testamentarj, o legittimi, e vi sieno più curatori d'uno stesso minore, o di altra persona soggetta alla cura. L'amministrazione del patrimonio, la direzione della vita d'uno lasciata in mano di più va esposta ad inconvenienze, e pericoli. Fa dunque di mestieri, che o i contutori s'accordino fra di se di scieglіere uno di loro all'ispezione, e maneggio delle facoltà del pupillo, e che essendovi disparere fra essi, l'autorità del Magistrato, o la sentenza del giudice definisca la controversia, deputando uno del loro numero. Come però il tutore eletto dee render conto della fedele sua amministrazione non meno ai pupilli, ed ai minori, che a tutti gli altri commissarj, e tutori onorarj, i quali rimangono obbligati a risarcire il patrimonio del pupillo, se si trovasse essere stato deteriorato, così saggiamente fu ordinato, che chiunque resta incari-

cato

cato dell'amministrazione, debba obbligarsi solennemente a dare mallevadorie suffizienti ad assicurare, che il patrimonio del pupillo non rimarrà punto pregiudicato; della quale satisdazione più a lungo nel Lib. I. si è favellato (1).

L'utilità de' cittadini, la sollecita spedizione degli affari introdusse, ed autenticò il costume di poter trattare, ed ultimare negozj vertenti con quelle persone, colle quali non si fece contratto, ogni qual volta siano autorizzate a trattarli, ed ultimarli per commessione, e mandato di chi ha il principale interesse. Ora non di rado succede, che dubitare si può, se realmente chi agisce a nome, e per conto di un altro, abbia una tale autorità, e commessione, ovvero se una data commessione ad un determinato affare si estenda. Per non arrischiare dunque la validità degli atti, ove vi sia incertezza del consentimento di colui, a nome del quale si tratta, ragionevolmente comandasi (2), che il procuratore d'altrui presti solenne cauzione, che il suo principale sarà per ratificare, ed approvare l'operato da se, qualunque volta sia incerto, se commessa o nò gli sia stata una qualche faccenda.

Ti-

(1) *Leg.* 3. §. 1. 2. *D. de adm. & perico. tut. Leg.* 4. §. 8. *D. rem pupil. salv. for.*

(2) *Leg.* 1. *Cod. de procur. Leg.* 21. *D. rem rat. hab.*

T i t o l o VIII.

Delle Stipulazioni inutili.

§. I.

Ogni contratto, affinchè considerato esser possa valido, ed efficace, dee farsi da persone capaci di contrarre di cose, delle quali sia permesso il contrarre, e in quella forma, e in quel modo, con cui comanda la legge, che si contragga. La stipulazione è un contratto. Dunque vi potranno essere delle stipulazioni inutili, e senza effetto, o per riguardo alle persone, che ne sono incapaci, o per riguardo alla materia, o per riguardo alla forma. Ecco i tre oggetti, ai quali rapportasi tutta la dottrina compresa da Giuſtiniano nel Titolo presente.

E cominciando dal primo, essendo la stipulazione un contratto, e come determinazione essenziale d' ogni contratto richiedendosi il consenso de' contraenti, per necessaria induzione ne viene, che stipulazione esservi non possa fra quelle persone, le quali acconsentire non possono o per naturale difetto, o per disposizione di legge. Ora i furiosi, i mentecatti, i fanciullini non ancora usciti dall' infanzia, capaci non sono di consentimento, perchè non sono capaci d' intelligenza. Non possono dunque questi stipulare con altri da per se stessi, quando non vengano autorizzati dai loro tutori, o curatori, i quali facciano il contratto a nome loro. Ma cosa poi diremo di que' prodighi, ai quali per pubblica autorità fu interdetta l' amministrazione delle loro facoltà? ovvero

ro di quei pupilli bensì, ma che sono però vicini alla pubertà, e che perciò hanno lume suffiziente per distinguere le cose, e per determinarsi a volerle, o a non volerle? Dobbiamo riflettere, che in questo contratto due persone v' intervengono; lo stipulante, ed il promettitore; che lo stipulante non arrischia di perdere mai alcuna cosa del suo, e che il solo promettitore resta obbligato a vantaggio altrui, e a discapito proprio. I prodighi, ed i pupilli già vicini alla pubertà hanno suffiziente discernimento per conoscere i rapporti d'un atto; e da una parte dicendo le leggi, che non possano eglino fare da per se ciò, che può essere loro di nocumento, ed essendo dall' altra lo stipulare un atto di mero loro vantaggio, viene ad essi accordata la piena libertà di stipulare, anche senza l'intervento dei loro tutori, nel qual caso acquistansi giuridica azione d' esigere il convenuto dal promettitore: e però gli Augusti Diocleziano, e Massimiano rescrissero (1): „ Non pregiudica punto alla validità della stipu- „ lazione il non esservi presente il tutore, o il „ curatore, mentre ella è una verità fuori di dub- „ bio, che anche una donna non avente venti- „ cinque anni può stipulare, quantunque non sia „ presente all'atto il di lui curatore. " I furiosi, ed i fanciullini non avendo discernimento veruno, non possono nè pure a vantaggio proprio stipulare, quando in loro vece non faccia l'interrogazione il tutore; e Giustiniano c'insegna (2): „ Un

(1) *Leg. 7. Cod. de cont. stip. Leg. 101. D. de V. O.*

(2) §. 89. *h. tit. Leg. 5. l. 40. D. de R. J.*

„ Un furioso è incapace di qualunque negozio,
„ perchè egli non capisce quello, che opera....
„ e così un infante, e un fanciulletto appena fuo-
„ ri dell' infanzia non è molto differente da un
„ furioso, non avendo in tale età i pupilli co-
„ gnizione veruna." Cangiamo l'ipotesi, e supponiamo, che uno scialacquatore dichiarato, oppure un pupillo già prossimo alla pubertà prometta ad un altro, e si obblighi: come soddisfacendo verrebbe ad imperfezionare il suo stato, ed a perdere del suo, tale obbligazione non è avvalorata dalle leggi: onde non sono tenute queste classi di persone, se non in quanto avessero acquistato col danno positivo di altri; dal che cavò la ragione Antonino di rescrivere ad un riccorrente (1): „ Tu non sei obbligato in virtù
„ d'una stipulazione, in cui senza autorità del
„ tutore promettesti ad altri, non essendo arriva-
„ to ancora alla pubertà."

§. II.

Proprietà essenziale della stipulazione si è, che il consenso venga dichiarato con parole pronunziate da ambedue le parti. Dunque incapace sarà di un tale contratto chi per difetto o d'età, o d'organizzazione è incapace d'articolare suoni distinti di parole, o di sentirli. Un muto dunque, e un sordo sono incapaci di stipulare, e incapaci sono gli assenti altresì, perchè sebbene o con messi, o con lettere manifestarsi possano a vicenda i loro proprj sentimenti, non però il veicolo

(1) *Leg. 1. Cod. de inut. stip.*

colo di questa comunicazione è la parola. Che però Ulpiano scrisse (1): ,, Nè un muto, nè ,, un sordo, nè un infante possono contrarre sti- ,, pulazione, nè un assente ancora, perchè deb- ,, bono reciprocamente sentirsi. "

Proprietà essenziale, come di qualunque altro contratto, così della stipulazione, si è che sieno fra di se differenti lo stipulante, ed il promettitore, essendo impossibile, che uno rimanga obbligato a se medesimo. Ciò, che produce diversità civile fra le persone, è l'essere ciascheduna d'esse capace d'acquistare per se medesima la proprietà; la quale proprietà, quando uno in virtù d'un qualche atto idoneo a trasferirla non l'acquista per se, ma per qualche altro, da cui dipende, e di cui mero, e semplice istrumento diviene, si considera, come un essere solo, ed identico con esso lui: dal che ne deriva l'inutilità di qualunque contratto, il quale tra due si celebra, l'uno de'quali è in podestà civile dell'altro. Ora sono i servi in podestà de' padroni; sono i figli in podestà de'loro padri, formano una sola persona con essi. Sarebbe dunque inutile una stipulazione tra servo, e padrone, tra padre, e figliuolo, mentre dovrebbe e il padre, e il padrone o esigere da se medesimo o a se medesimo rimanere obbligato: il che è manifestamente implicante (2).

Proprietà della stipulazione è l'assicurare l'interesse d'una delle parti, la quale procura la sua maggior cauzione in questo contratto tanto autorizza-

(1) *Leg.* 75. §. 7. *D. de V. O.*
(2) *Leg.* 74. 75. *D. eod. tit.*

rizzato dalle leggi civili. Stipula dunque inutilmente chiunque non cerca il proprio suo individuale vantaggio, ma quello d'altro qualunque; perchè qual utilità sarebbe per ridondare in me, se un'altra persona viene ad avere o certa quantità, o certa cosa da quello, col quale io verbalmente contraggo? Quindi è, che asserì Q. Muzio Scevola come verità generale (1): che nè col pattuire, nè col comandare, nè collo stipulare può un cittadino avvantaggiare un altro cittadino. Laonde nel caso, che la stipulazione fosse concepita così: prometti di dare cento scudi a me, o a Tizio? l'effetto del contratto non è già, che Tizio acquisti diritto per ritenere, e farsi sua la somma promessa, non potendo acquistarselo in virtù d'una mia stipulazione; ma in questo unicamente consiste, che dal promettitore può farsi il pagamento a Tizio in qualità di mio mandatario, ed agente, sebbene io abbia azione di ripeterli poscia da lui, perchè a me in forza della seguita stipulazione dovuti (2). E parimenti nel caso, che uno stipulasse per se, e per un terzo una quantità da darsi, ecco la decisione di Pomponio: „ Se io stipulo dieci zecchini ed a me, „ ed a Tizio, in podestà di cui non mi trovo „ costituito, non si debbono a me tutti i dieci „ ma soli cinque zecchini: diffalcasi la porzione, „ che apparterrebbe all'altro, la quale comecchè „ inutilmente stipulata per un estraneo, non dee „ aumentare la mia tangente." Non ci sarà dunque

(1) *Leg.* 74. §. 4. *D. de R. T.*

(2) *Leg.* 57. §. 1. *D. de solut.* §. 4. *h. tit.* *Leg.* 110. *D. de V. O.*

que espediente alcuno per far sì, che a profitto d'un'estranea persona la nostra stipulazione ridondi? L'espediente cel suggeriscono le leggi medesime. Stipulate, dice Ulpiano (1), oltre una cosa per voi, anche una determinata pena da pagarsi ad un altro, se adempito non viene l'oggetto principale del contratto; perchè qualora si stipula una pena, non si ha più riguardo all'interesse dello stipulante, ma si contempla unicamente la condizione, alla quale si attaccò il pagamento d'un'accordata quantità.

Per altro potendo realmente essere d'interesse dello stipulante, che sia data una certa cosa ad altra persona, per giudicare della validità, o invalidità delle stipulazioni, fa di mestieri esaminare antecedentemente i rapporti d'interesse, che può avere chi stipula con quegli individui, per i quali egli stipulò. Imperciocchè immaginiamo, ch'io stipuli certa somma per un mio creditore, acciò non venda i miei pegni, che tiene in mano; o che avendo già io cominciato ad amministrare la tutela, ne ceda il maneggio ad un contutore, ma coll'esigere da lui, che renda cauto il pupillo: sarà ben vero, che in questi, ed altri simili casi io stipulo per altre persone; ma sarà vero altresì, che ci va del mio interesse, e perciò la stipulazione sussiste (2).

§. III.

(1) *Leg.* 38. §. 17. *D. de V. O.*
(2) *Leg.* 38. §. 19. 22. *D. eod.*

§. III.

Nelle stipulazioni si tratta di fare, o di dare una qualche cosa per utile, ed interesse di un altro. Bisogna dunque, che i fatti, e le cose stipulate siano di natura tale, che possano attualmente, e fisicamente eseguirsi; che siano in commerzio, e trasferibili in dominio altrui; che senza offendere le più importanti, e necessarie relazioni della società, ci sia permesso e di farle, e di darle. A cosa dunque servirebbe lo stipulare un essere immaginario, che non può esistere in natura; o pure lo stipulare un essere, che esistette bensì, ma che non esiste più presentemente, nè sarà più per esistere? Il soggetto stesso rende inutile la stipulazione, e quelle cose, le quali sono impossibili di darsi, o che in natura non si trovano, si considerano, come non dedotte in contratto (1). Ma se venissero promesse cose, l'esistenza delle quali non ripugna, anzi è conforme al corso ordinario della natura, quantunque accader possa, che per una stravagante combinazione di cause non siano poscia prodotte, la stipulazione per se stessa è valevole, e dona azione efficace al momento, che principia ad esistere ciò, che ne formò la materia; e corrispondentemente a questa idea, Paulo ebbe a dire (2): „ Alle „ volte una stipulazione concepita puramente si „ differisce riguardo alla sua esecuzione per mo„ tivo della materia; come quando si stipula o „ il

(1) *Leg.* 135. *D. de R. J. Leg.* 37. *D. de V. O.*
(2) *Leg.* 73. *D. de V. O. Leg.* 83. §. 5. *D. eod.*

„ il feto racchiuso ancora nel ventre, o i frutti
„ del campo, che sono ancora per nascere, o
„ che ci venga costruita una casa; perchè l'azio-
„ ne comincia in allora soltanto a competerci,
„ quando possono cotali cose naturalmente ese-
„ guirsi."

Come in tutti gli altri contratti, così nella stipulazione, il fine, che ci proponiamo, è il diritto di dominio sopra di una cosa, relativamente a cui non avevamo titolo alcuno di pretenderla. Ora se io stipulassi d'una cosa già antecedentemente mia, qual diritto mi conferirebbe la stipulazione, il qual fosse maggiore di quello, che mi dona sopra di essa il dominio, che ne tengo? Nessuno dunque stipula mai utilmente d'una cosa, la quale sia sua (1). La capacità di essere poste in commerzio, la possibilità d'essere trasferite in dominio dei particolari, sono proprietà indispensabilmente richieste nelle cose, acciò diventar possano materia di stipulazione. Abbiamo a suo luogo veduto, che le cose sacre, sante, e religiose, le comuni, e le pubbliche non sono in commerzio, nè trasferibili sono in proprietà dei particolari. Ne verrà dunque in conseguenza, che materia delle stipulazioni esser non possano. E tanto codesta capacità di commerzio è necessaria nella materia di questo contratto, ch'esser vi debbe nel soggetto stipulato egualmente nel tempo, in cui la stipulazione si fa, ed egualmente nel tempo, in cui debbe eseguirsi. L'esempio agevolerà l'intelligenza della dottrina. Nel momento, in cui stipulo un fondo, esso è sacro, o pubbli-co.

(1) *Leg.* 82. *D. de V. O.* §. 2. *h. tit.*

co. Da lì a non molto viene sconsecrato, e reso capace di dominio privato. La stipulazione inutile da principio per diffetto della materia, non si riconferma più ad onta della diversa qualità, e relazione, ch'essa materia in seguito prende: e così similmente succede qualora una cosa profana, e suscettibile di dominio in allora, che promessa mi fu, si consecrasse poi, e si ponesse fuori di commerzio senza frode del promettitore, perchè diventa ella per me incapace d'essere in mio potere prima della consumazione, ed adempimento del contratto. Ecco la legge (1). „ Una cosa „ sacra, o religiosa, o destinata in perpetuo ad „ uso pubblico, la si stipula inutilmente; come „ una piazza, un tempio, un uomo libero, „ quantunque una cosa sacra possa farsi profana, „ una disposta ad uso pubblico convertir si pos- „ sa in privato, ed un uomo libero possa diven- „ tar servo.

§. IV.

Ella è un contratto di parole la stipulazione. Non però qualunque articolazione di voci è bastante a donare l'esistenza a questo contratto. Vi si ricerca una precedente domanda, ed una susseguente risposta; uniformità tra l'una, e l'altra; chiarezza d'espressione, onde senza equivoco si sappia cosa sia domandata, e cosa sia stata promessa. In questo consiste la forma legittima di questa convenzione; ed essendo vero, che nessun essere può prodursi senza il concorso di quelle

(1) *Leg.* 83. §. 5. *Leg.* 98. *D. de V. O.*

qualità particolari, che ne costituiscono la forma sua propria, sarà vero altresì, che inutile ogni stipulazione si rende, in cui non fu osservata la forma legale.

I corollarj, che da questo insegnamento ricavansi, sono e diversi, ed importanti. Se uno domanda nella stessa proposizione più cose, e l'altro generalmente promette di darle; nel termine universale, che adopera, *Prometto*, indica d'acconsentire a ciascheduna delle particolari richieste, che fatte gli furono. Avvi dunque conformità tra la domanda, e la risposta. Vi sarà dunque stipulazione relativamente a tutte le cose nell'interrogazione comprese: e del pari, se domandate più cose copulativamente, rispondesse l'altro, che sarà per dare una soltanto di quelle, non regge la stipulazione, se non se per quel capo di roba, che fu specificatamente promesso, perchè soltanto riguardo a questa v'ha identità di consenso, ed uniformità d'interrogazione, e di risposta (1). Se la domanda è concepita alternativamente, mi darai o questa cosa o quella, e la risposta sia assoluta, e limitata ad un soggetto solo; fa di mestieri distinguere, se alternativamente siano domandate più spezie, ovvero più quantità. Due spezie sono necessariamente distinte, e diverse l'una dall'altra. Chi stipula suppone, che indifferente sia il promettitore ad obbligarsi o per l'una, o per l'altra, come egli sarebbe indifferente per ricevere o questa, o quella. Ma chi risponde, dichiara di non avere intenzione, se non se di obbligarsi ad una delle cose richieste, ed esclude l'al-

(1) §. 18. *h. tit. Leg.* 86. *D. de V. O.*

l'altra positivamente. Non è dunque uniforme alla proposta la risposta, e per conseguenza diventa inutile la stipulazione. Quando domandasi alternativamente due qualità, l'una è sempre maggiore, e l'altra minore, ed è vero, che nella più grande anche la minore contiensi, ed è vero che lo stipulante per questo appunto, che propone due somme ineguali, si ristringe a domandar la minore, come quella, a cui ben sà, che si atterrà il promettitore. La risposta dunque di questo si accorda coll'interrogazione, e dona consistenza all'accordo. Paolo ci insegnò a distinguere questi due casi (1): „ Se domandando io o
„ Stico, o Panfilo, tu mi rispondi precisamente
„ di uno, ben si vede, che non sei obbligato,
„ e che non rispondesti a tenore della domanda.
„ Diversa si è la ragione di due quantità diverse:
„ per esempio prometti di dare dieci, o venti.
„ La risposta è adeguata, quantunque tu mi pro-
„ metta i dieci, perchè ove si tratta di quantità,
„ s'intende sempre promessa la minore."

Dovendo nell'interrogazione chiaramente esprimersi il pensiero del domandante, e nella risposta il sentimento del promettitore, quelle stipulazioni, le quali sono concepite in termini, che si contraddicono, che rendono inintelligibile l'idea, e le relazioni del soggetto col predicato d'una proposizione, divengono inutili per diffetto di forma. Codeste stipulazioni però dividonsi dai Giureconsulti in Perplesse, e Prepostere. Perplesse son quelle, nelle quali si formano proposizioni fra di se stesse ripugnanti, e distruggentisi, e dalle quali

(1) *Leg.* 83. §. 2. 3. *Leg.* 109. *D. de V. O.*

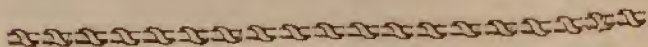
li in conseguenza non si può ricavare la mente, e la volontà di chi le proferisce. Ci recano per esempio la formola: se darai a Sejo la possessione tua di Tusculano, questa stessa la prometti di dare a me? Ma come darla a me, se si vuole per condizione, che prima si dia ad un altro? Dominio della cosa medesima due persone averlo non possono. In quale delle due s' intenderà, che debba trasferirsi in forza di così fatta stipulazione? Se non che essendosi già definito, che un' istituzione perplessa debbasi avere per inutile (1); ed essendo stato adottato il canone, *che qualunque volta si trovano in un testamento due ordinazioni, o proposizioni contraddicentisi, nè l' una, nè l' altra debba osservarsi* (2): se la perplessità delle enunciazioni rende inutili i testamenti, atti favoriti dalle leggi più dei contratti, abbiamo argomento ben forte per conchiudere, che una pari perplessità renda inutili ancora le stipulazioni. Prepostere stipulazioni diconsi quelle, nelle quali si altera, e si sconvolge il sentimento, alterando, e sconvolgendo l' ordine de' tempi, nelle quali si vuole presentemente, e sul momento una cosa, che simultaneamente la si fa dipendere da un evento futuro. Allegano in esempio la formola prometti di darmi oggi, se da quì un mese ritornerà il vascello da Smirne. Ma come sarà obbligato a dare in oggi, quando si vuole, che la mia obbligazione non nasca, se non dopo il corso d' un mese se si avvera un contingente futuro? Infatti gli antichi Romani codesto intralciamento d' idee, co-

(1) *Leg.* 16. *D. de cond. instit.*
(2) *Leg.* 188. *D. de R. T.*

codesta opposizione di tempo, la considerarono come un vizio nella forma della stipulazione, e perciò volevano, che si annullasse. Ma avendo dapprima l'Imperador Leone decretato, che valida stimar si dovesse una stipulazione di dote, quantunque prepostera, perchè sebbene esservi potesse contesa riguardo al tempo di darla, espressa è però chiaramente l'obbligazione di contribuirla; Giustiniano tolse ogni dubbiezza, e decretò come segue (1): „ L'opposizione di preposterità, da cui
„ l'Augusto Leone volle, che andasse immune
„ la convenzione di dote, noi la togliamo riguar-
„ do a tutti i contratti, ed i testamenti. Senza
„ che allegare in contrario questa eccezione si
„ possa, abbiano il dovuto valore, nè siano sog-
„ gette a dubbio veruno o le stipulazioni, o gli
„ altri contratti, e le ultime volontà; cosicchè
„ esigerne l'osservanza si possa, purificata che sia
„ la condizione, e spirato il tempo inserito nell'
„ atto."

Aggiungiamo a questa un'altra costituzione di questo riformatore della Giurisprudenza Romana. La forma delle stipulazioni ricerca, che ci sia domanda, e risposta, e in conseguenza, che trovinsi sul fatto presenti ambidue i contrattanti. Era questa necessità indispensabile di formalità una feconda sorgente di litigi, e di cavillosi stancheggi, perchè dopo fatta la stipulazione, molte volte il debitore opponeva, o che fatta non fosse stata previa domanda, o non fosse stata data congrua risposta, o che non fossero state entrambe le parti presenti, o che mancata fosse una qual-

(2) *Leg.* 25. *Cod. de test.* §. 14. *h. tit.*

che circostanza voluta per la forma legale della stipulazione. Per troncare dunque cotali sempre mai rinascenti germogli di liti, ordinò Giustiniano (1), che per prova della realtà della stipulazione la si ponesse in iscritto; e che se nello stromento detto fosse, essere preceduta l'interrogazione ed essere state le parti presenti, si debba giuridicamente presumere la verità de' fatti asseriti nella scrittura, nè si ammettano prove in contrario, quando non siano canonicamente convincenti, e dimostrative: e di tal metodo ci serviamo ancora a tempi nostri, e ne' nostri paesi.

TITOLO IX.

Delle Mallevadorie.

§. I.

Ad onta delle più stringenti promesse, ad onta delle più forti assicuranze, che un contraente all' altro abbia esibite, di frequente succede, che si ricusa di avere seco lui a fare, quando altre persone non intervengano, e vogliano obbligarsi per esso. Obbligarsi esse possono, ed in varie guise cautelare il contrattante; e la diversità appunto di questi modi, coi quali si assicura l'adempimento dell'obbligazione incontrata da un altro, fu la cagione dei diversi nomi, che dannosi nelle leggi agli assicuratori, e delle diverse spezie di sicurtà,

(1) *Leg.* 14. *Cod. de contrah. stipulat.* §. 12. *h. tit.*

tà, che distinguonsi, e che non deggiono fra di se stesse confondersi. Supponete, che uno ecciti un altro, e lo determini a dare imprestanza, o a conchiudere qualunque contratto con una terza persona, e che questi in conseguenza di un tale previo eccitamento, ed ordine stipuli la convenzione; costui non dicesi propriamente fidejussore, o pieggio, ma ordinatore, e mandante, *Mandator* (1). Supponete, che essendo già preceduto contratto fra due, un altro si addossi l'obbligo di pagare in difetto del debitore; ma se lo addossi non già con una stipulazione solenne, ma con un semplice patto, e non già di soddisfare nella quantità, e in quella spezie precisamente, che doveva dare il debitore, ma bensì in diversa: questi non è propriamente fidejussore, ma costitutore (2). Supponete, che in virtù d'un legittimo titolo uno sia debitore, e che un terzo si esibisca di pagare per lui, e che liberandolo da ogni obbligazione, egli la assuma in se medesimo, cosicchè il debito spento affatto nel primo, si traslati, e si rinovelli nel secondo: questo veramente non può dirsi fidejussore, ma espromissore (3). Chi dunque dirassi fidejussore? Ecco ciò, che si ricerca per dirlo. Bisogna prima supporre, che ci sia uno debitore d'un altro. In secondo luogo, che un terzo acconsenta di supplire col suo a questo debito. In terzo luogo, che acconsenta di sup-

(1) *Leg.* 22. §. 14. *D. mand.*

(2) *Leg.* 1. §. 4. *Leg.* 11. §. 1. *D. de pec. constit.*

(3) §. 3. *quib. mod. toll. obbligat. Leg.* 20. *D. de S. C. Maced.*

supplirvi solamente in sussidio, cioè unicamente nel caso, che manchi di soddisfare il primiero debitore. In quarto luogo, che questo consenso si dichiari col mezzo d'una stipulazione nelle forme: e verificate tutte queste circostanze, in allora chi promette, e fa sicurtà pel debito altrui, dicesi fidejussore, o mallevadore. La fidejussione dunque, o mallevadoria è una stipulata promessa di rendere soddisfatto il creditore coll'assumere in se medesimo l'obbligazione del pagamento, qualora il debitore principale mancasse di adempierla. Da questa definizione ne nascono immediate conseguenze, o assiomi, nello sviluppo, e nell'applicazione de' quali consiste la dottrina del Titolo.

§. II.

Ogni fidejussione è una stipulazione. Dunque tutti coloro, che obbligarsi non possono per via di stipulazione, non possono obbligarsi nemmeno ad essere mallevadori. Obbligarsi non possono per via di stipulazione gl'infanti, i furiosi, i mentecatti, ed i prodighi, e i pupilli, quando non siano autorizzati dai loro tutori. Dunque codeste spezie di persone non possono del pari costituirsi mallevadrici per altri. Ed essendo, che il contratto di fidejussione è pericoloso per se stesso, atteso l'obbligo, che impone di pagare in mancanza di un altro, e perciò richiede e molto discernimento, e molta forza di spirito tanto per conoscere ciò, che si fa, quanto per non lasciarsi raggirare dalle insinuazioni, e dalle preghiere interessate, ed artifiziose d'altrui; le leggi non senza ragione dichiararono, essere la fidejussione un

atto,

atto, in conseguenza della sua importanza, proprio unicamente del sesso virile, e di chi esercita, o può esercitare le azioni, e gli uffizj di civil società (1). E conforme a questo principio inabilitarono le donne a dare sicurtà, e ad essere mallevadrici per chiunque (2). Infatti per chi potrebbero esse costituirsi mallevadrici? Per gli estranei? nò, lo divieta la legge, perchè se le massime di Stato proibiscono al sesso ogni uffizio civile, in guisa che quanto esse fanno relativamente a questo riesce di nessun valore, molto più dovevasi loro inibire un atto, nel quale non solo richiedesi l'opera, e un ministero indecente a donne, ma di più corrono rischio di perdere le proprie sostanze. Dal che dedusse in conseguenza Papiniano (3), ,, che se un uomo, e donna ,, avessero fatto mallevadoria, dovrassi dare azio- ,, ne contra l'uomo soltanto, senza punto por ,, mente alla femmina; essendochè poteva egli ,, sapere, o almeno ignorar non doveva, che la ,, pieggeria d'una donna è inutile affatto." Potrebbero forse farsi le donne cauzione per i loro mariti? Ora fu espressamente deciso, che se una moglie promettesse o a voce, o in iscritto sicurtà o co' suoi beni, o nella sua persona per qualunque debito sia privato, sia pubblico contratto dal proprio suo marito; un tal atto si reputi, come se seguito non fosse, e rimanga senza effetto veruno, quando non si provasse, che il soldo, di

(1) *Leg.* 1. §. 1. *Leg.* 2. §. 1. *D. ad S.C. Vellej.*
(2) *Leg.* 2. *D. de R. T.*
(3) *Leg.* 48. *D. de fidej. & mandator.*

di cui va debitore il marito, fu impiegato a vantaggio della moglie medesima (1).

La stipulazione è un contratto verbale, e la fidejussione debbesi fare con stipulazione. Per conseguenza quei tutti, che per difetto degli organi del corpo sono incapaci di stipulare, erano anche incapaci di far pieggeria; e quelle formalità tutte, che ricercavansi nelle stipulazioni, richiedevansi nelle fidejussioni eziandio. Se non che per impedire la moltiplicazione delle contese, e per assicurare maggiormente i creditori, ogni qualunque volta, che la mallevadoria si riduca in iscritto, sempre s'intende, essersi esattamente osservate tutte le necessarie formalità, senza che ammetter si possa prova in contrario (2).

§. III.

Ammettonsi i fidejussori per solo fine di assicurare a vantaggio del creditore l'adempimento di un'obbligazione precedentemente contratta. Da questo necessariamente ricavasi, che la fidejussione è un contratto accessorio, il quale suppone l'esistenza d'un'altra obbligazione, senza della quale non ha consistenza quella del mallevadore. Ora essendo lo stesso il non fare un atto, o il farlo senza effetto, ed in contravvenzione della legge, sarebbe il medesimo il non far convenzione di sorte, o il farne una, la quale non avesse valore alcuno legale: e perciò non si potrebbe prendere mallevadoria per essa, perchè non ci sarebbe obbligazione

(1) *Nov.* 136. *Cap.* 8.
(2) *Leg.* 134. §. 2. *D. de V. O.* §. 8. *h. tit.*

zione antecedente. Laonde ebbe a rispondere Ulpiano, e Cajo (1), che siccome un prodigo incapace del maneggio de' suoi averi, ed un furioso non possono da per se promettendo obbligarsi, così non dobbiamo persuaderci, che abbia ad aver forza malleveria alcuna interposta per assicurare qualunque promessa fatta da questa spezie di gente.

Per altro supposto, che una previa obbligazione vi esista, di qualunque genere ella poi siasi, vi si può aggiungere la fidejussione; essendo fuori di dubbio, potersi per tutte le obbligazioni ricevere mallevadorie, secondo l'assioma d' Ulpiano (2). Possiamo obbligarci in virtù di contratti o reali, o consensuali, o verbali: potrà dunque interporsi mallevadore per noi, tanto se il contratto è reale, di deposito, di mutuo, di pegno, quanto se è consensuale di compera, d' affittanza, di società, o di qualunque altra spezie: ed in tutta la pressocchè infinita varietà di contratti, i quali hanno corso nell' umana civil società, io non so trovarne, che uno solo, in cui lecito non è il dare, e ricevere mallevadori. Un uomo, che si marita riceve dalla moglie la dote; ricevendola è tenuto a restituirla in qualunque caso il matrimonio si sciolga: ma pure non può esibire sicurtà per codesta sua restituzione. La ragione della legge si fu, perchè oltre di che tutti i beni del marito restano immantinente ipotecati alla moglie a cauzione della sua dote; oltre di che avendo ella data, ed affidata al marito la sua pro-

(1) *Leg. 6. D. de V. O. Leg. 58. D. de fidejussor.*
(2) *Leg. 56. §. 4. D. de fid. & mandat.*

propria vita, e persona, convenevole cosa è, che stimi in di lui mano sicure anche le proprie sostanze; ne avverrebbe, che se potessero intervenirvi mallevadori per sicurezza della dote, la donna prenderebbe facilmente con codesti suoi assicuratori relazioni tali, che intorbidare potrebbero la quiete, e la fedeltà, la quale è il principal bene, e sostegno dello stato conjugale. In vista di questi motivi gl' Imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio II. abolirono qualunque legge, o consuetudine introdotta di esigere malleverie per restituzione di dote; e Giustiniano poi decretò (1) essere di nessun valore qualunque mallevadoria, o mandato per dote esatto o dal marito, o dal di lui padre, o da chiunque riceve in se stesso la medesima; perchè, continua egli, se una donna credette di poter dare in balia del marito e se stessa, e i suoi beni, per quale motivo poi pretendere o mallevadorie, o altre assicurazioni, onde esporre al pericolo di dislealtà il matrimonio?

Toltone quest' unico caso, per qualunque obbligazione ed esibire, e domandare si può mallevadoria; anzi non solo la si può pretendere nelle obbligazioni civili, e aventi la ragione sua sufficiente in un qualche contratto, ma nelle criminali eziandio, e prodotte in conseguenza d' un qualche delitto commesso. Riguardo a che, fa di mestieri avvertire, che in qualunque reità distinguere si debbono due relazioni diverse; e colla società in generale, e cogli individui in particolare. Ogni delinquente come un omicidia, un la-

(1) *Leg.* 1. 2. *Cod. de fidejuss. pro dot. dent.*

ladro, un falsario, inferisce danno al particolare, attentando alle di lui sostanze, o alla vita ingiustamente; ed inferisce nocumento al pubblico col violare quell'ordine, e subordinazione, che mantiene lo stato. Egli è obbligato a riparare il torto fatto da lui e all'uno, e all'altro. Il torto fatto al privato si risarcisce coll'indennizzazione, e col darli altrettanto del suo, quanto è il valore del nocumento recato. Il torto fatto al pubblico si risarcisce coll'acerbità del dolore, e dei tormenti, ed alle volte col torre la vita all'indegno oltraggiatore de' riguardi dovuti alla società. Noi non siamo padroni del nostro corpo, e del nostro vivere; in conseguenza non possiamo entrare mallevadori per le obbligazioni d'altri, che assoggettano i rei a pene corporali, ed afflittive. Noi possiamo disporre a talento, ed alienare le nostre sostanze; in conseguenza possiamo costituirci cauzione, che saranno adempite le obbligazioni d'un delinquente, limitate ad amende, e pene pecunarie, quali sono le imposte nel caso di un furto, o di contraffazione alla legge Aquilia; e però Paulo rispose (1): „ Trattandosi di azio„ ne di furto, ci è lecito prendere mallevadori, „ e così anche per uno, che trasgredì la legge „ Aquilia: ma diversamente và la cosa, ove si „ tratta di colpe riserbate a giudizj pubblici, e „ popolari. "

Abbiamo osservato a suo luogo, che le obbligazioni esser possono o civili, per l'adempimento delle quali ricorrere si può al braccio della giustizia, e costringere a mal suo grado il debitore;

(1) *Leg.* 58. §. 6. *D. de fidej. & mandat.*

tore; o naturali, all' adempimento delle quali un principio d'equità, e di convenienza, sulla quale sono fondate, ci consiglia bensì, ma che però comandato non ci viene, ed efficacemente voluto dalle leggi della società civile. Affinchè esservi possa fidejussione, non richiedesi, che l'obbligazione sia civile; basta, ch' ella sia naturale. ,, Si può, dice Ulpiano (1), far uso di sicur-,, tà per un' obbligazione quanto futura, tanto ,, precedente, purchè ci sia una qualche obbli-,, gazione, ancorchè naturale ...... perchè seb-,, bene con tutto il rigore dirsi non possano de-,, bitori quelli, che sono naturalmente obbligati, ,, possono però in qualche senso considerarsi come ,, tali, come possono dire d'essere stati soddisfat-,, ti d'un credito quelli, che ricevettero soldo ,, da essi." Onde ne avviene, che al contratto celebrato da un servo incapace d'obbligazione civile, al contratto celebrato da un pupillo, oltrepassante l'età dell'infanzia, e prossimo alla pubertà, il quale resta obbligato naturalmente soltanto, aggiungere vi si possa fidejussione.

§. IV.

Interposta, ch' ella sia, ecco due obbligazioni; l'una del primiero debitore; l'altra del mallevadore; ma quella è la principale; questa è sempre accessoria, e relativa, e dipendente dall'altra. Ora sappiamo, che l'atto accessorio siegue la natura dell'atto principale; vale a dire, che le proprietà tutte inerenti, e attribuite a questo, s'in-

(1) *Leg.* 6. §. 1. *Leg.* 7. 16. §. 4. *D. de fidej.*

s'intendono comunicate anche all'altro; e se oltre di ciò vorremo riflettere, che la mallevadoria è un atto in parte grazioso, mercè di cui ne avviene, che abbia luogo un contratto in favore d'un terzo, e dall'altra parte pericoloso, esponendo al rischio di pagare quella persona, che dona sicurtà per altrui: abbiamo il filo in mano per rintracciare, e conoscere quali conseguenze quindi dedurre si possono. Imperciocchè da questo teorema primieramente ricavasi, non potersi il mallevadore obbligare mai in più di quanto è obbligato il debitore principale. „ La di lui obbligazio-„ ne, dice Giustiniano (1), è un'accessione d' „ altra obbligazione; nè esser ci può nell'acces-„ sione più di quanto comprende l' affare prin-„ cipale. "

Affinchè però una tale dottrina intender si possa conforme a quel senso in cui l' hanno adottata le leggi, conviene promettere, che un fidejussore può rimanersi obbligato più del principale in due modi diversi. Si può rendere obbligato in più intensivamente, ed estensivamente. Intensivamente, coll'assumere in se un'obbligazione più stringente, più forte, e più efficace di quella del primo contraente, col rendersi esso obbligato civilmente quando il principale non lo è, se non che naturalmente. Estensivamente, col costituirsi debitore di quantità, e di somma maggiore di quella, a cui và tenuto il debitor principale. Ciò supposto, il mallevadore può bene contrarre un debito maggiore intensivamente, caricandosi d'un'obbligazione più forte, e che dona contro di esso lui quell'azione civile, della quale non po-

(1) §. 5. *h. tit.*

potrebbe far uso il creditore contro il debitore principale; ma non può contrarre debito estensivamente più grande di quello del debitore: e in questo senso deve essere intesa la proposizione di Giustiniano. Che possa obbligarsi in più intensivamente, pare, che sia una necessaria proprietà della fidejussione, quando vogliasi considerare il di lei fine, ed oggetto. Imperciocchè essendo questo l'assicurazione del pagamento al creditore, nell'ipotesi, ch'egli stipulato avesse con un pupillo, o minore, o qualunque altra persona, contro di cui non ha azione civile per isforzarla a mantenere il pattuito, quale sicurezza gli porterebbe la mallevadoria, quando non potesse il pieggio civilmente obbligarsi nel caso, che il principale fosse obbligato naturalmente soltanto? E però se un servo, o un pupillo, ricevuto avessero qualche spezie a titolo di comodato, o di deposito, per la di lei restituzione puossi domandare pieggeria, e se la restituzione non si facesse per la di loro mala fede, o condannevole colpa, il pieggio ne resterà efficacemente tenuto (1). Che poi il mallevadore obbligato non sia a nessun'altra cosa fuori del convenuto, del quale è debitore il principale, anche questo è un effetto della natura del contratto, il quale non deve estendersi oltre i limiti della antecedente convenzione a danno, ed aggravio di chi senza suo interesse s'espone a rischio pel solo vantaggio dei due contrattanti. Onde abbiamo il detto d'Ulpiano (2):
„ E' regola generale per tutti quelli, che con-
„ trag-

(1) *Leg.* 8. §. 6. *D. de fid. & mand.*
(2) *Leg.* 81. §. 6. *D. de fid.*

„ traggono obbligazione per altri, il non contrar-
„ ne veruna, ogni qualvolta si fa uso di essi per
„ obbligarli a qualche cosa al di là del contrat-
„ to principale; ma bensì può per altro ricevere
„ mallevadori d'una minore quantità, e per som-
„ ma minore della stipulata: e se il principale è
„ debitore puramente, potrà il pieggio obbligarsi
„ a tempo, e sotto condizione; ma all'opposto,
„ se il reo fosse obbligato sotto condizione, non
„ potrebbe già il pieggio obbligarsi puramente."

Se la mallevadoria è un'obbligazione accessoria, che in se trasfonde la natura della principale, ne viene in conseguenza eziandio, che tutte quelle eccezioni legali, le quali competer possono al debitore per esentarsi dall'adempimento di ciò, che promise, competano similmente al fidejussore per esimersi dal pagamento. Tutte le eccezioni, dice Marziano (1), che competono al reo, competono al mallevadore, ancorchè a malgrado del reo. Uno citato a comparire in giudizio promette, che vi comparirà in giorno determinato. Un terzo fa sicurtà per lui. In quel giorno ei non può comparire per essere impiegato in pubblico servizio: questa ragione, che legalmente lo dispensa dalla comparizione, esime lo statico da qualunque obbligazione (2). Un figlio di famiglia riceve a mutuo: può schermirsi dalla restituzione allegando per se il Macedoniano. Un minore sorpreso dallo stipulante, si può fare scudo dell'età per disimpegnarsi dal contratto; anche il mallevadore di questi potrà opporre al cre-

(1) *Leg. 33. D. de exception.*
(2) *Leg. 6. D. ut si quis caution. in jud.*

ditore quelle stesse eccezioni, che possono opporre i suoi principali (1). Ne viene in conseguenza eziandio, che soddisfatto che sia al debito principale col pagamento, o con qualunque altro modo di liberazione, questo pagamento, e questa liberazione metta al coperto il fidejussore da qualunque procedura giuridica, che intentar si potesse per questo capo contro di lui (2).

§. V.

Costituito, che uno sia mallevadore per altri, egli diviene debitore in virtù d' un contratto di stipulazione, e diviene debitore nel caso, che adempita non sia un' obbligazione precedente. In quanto è debitore per contratto, ne segue, che ogni contraente tramandando e l' azione, e l' obbligazione sua ne' suoi eredi, anche il fidejussore renda i proprj eredi obbligati al soddisfacimento di quanto egli promise, perchè dice la legge (3), se giusto sarebbe, che il principale stesso al pagamento soccombesse, per qual ragione giusto non sia, che non vi soccombano quelli egualmente, i quali ne rappresentano la persona? In quanto sono i mallevadori tenuti per contratto di stipulazione, l' identità della materia, l' uniformità della proposta, e della rispettiva risposta introduce la correità fra i confidejussori d' un debitore medesimo. Ora abbiamo veduto, che qualunque volta ci sono correi, ciascheduno d' essi è obbli-

(1) *Leg. 16. D. de except.*
(2) *Leg. 93. §. 1. D. de solut. & liberat.*
(3) *Leg. 13. Cod. de contrah. stipul.*

obbligato in sua spezialità solidariamente. E per conseguenza è in diritto il creditore di rivolgersi contro de' mallevadori, quando il debitore procrastina il suo pagamento, e di costringerli a rimborsarlo interamente, quando bene altrimenti pattuito non siasi (1). In quanto sono i mallevadori tenuti a soddisfare in difetto del principal debitore, questo difetto realmente verificandosi o sia che per impotenza, o sia che per ricredenza il debitore non soddisfaccia al suo dovere: tanto per l'impotenza, quanto per la ricredenza, e per lo stancheggio usato dal debitore, rimane soggetto il mallevadore al pagamento.

Se non che essendo ai legislatori Romani sembrata a ragione dura troppo, e gravosa la condizione de' mallevadori assoggettati ad evidente pericolo di perdere le proprie sostanze, e perciò trovandosi sempre più pochi in numero quelli, i quali volessero costituirsi cauzione per altri, cosa, che era pregiudizievole molto al corso del commerzio, e all' interesse de' particolari, si studiarono modi di preservare senza lesione della giustizia i mallevadori tanto dalle violenti aggressioni de' creditori, quanto dalla impontualità, e mala fede dei debitori, e si accordarono ad essi tre maniere di ripararsi, conosciute nelle scuole sotto il nome di benefizj, e sono il benefizio di divisione, dell' ordine, e della cessione delle azioni.

(1) *Leg.* 5. *Cod. de fidejuss.*

§. VI.

La natura della stipulazione portava, che ciaschedunode' mallevadori potesse essere costretto a pagare il debito intero, perchè ciascheduno d'essi era correo di promettere. Un Rescritto dell' Imperatore Adriano concesse ai fidejussori il diritto di poter esimersi da questo aggravio col proporre contro l'azione intentata dal creditore l'eccezione di dover esso spartire le sue pretese a ragguaglio del numero dei mallevadori; cosicchè supposto, che la somma dovuta fosse di cinquecento ducati, e cinque fossero gli assicuratori, ognuno di loro obbligarsi non potesse al pagamento di più di cento ducati. In questo appunto consiste il benefizio di divisione, il quale affinchè abbia luogo, tre cose debbono aversi particolarmente in considerazione. La prima: che sia la divisione domandata per via di eccezione, la quale se proposta non è, il mallevadore e può costringersi all'intero pagamento, e non ha più diritto di ridomandare l' indennizazione dal creditore (1). La seconda: che domandata la divisione, abbia il creditore, onde pagarsi; e perciò nel caso, che alcuno dei mallevadori fosse reso incapace di corrispondere la sua tangente, continua negli altri l'obbligo di corrisponderla (2). La terza: che non si sieno resi indegni i fidejussori d'un tal benefizio, essendochè per insegnamento d' Ulpiano (3), l'azione si divide fra loro nell' ipotesi uni-

(1) *Leg.* 26. *D. de fidejuss. & mand.*
(2) *Leg.* 28. *D. de fidejuss. &c.*
(3) *Leg.* 10. §. 1. *D. de fidejuss.*

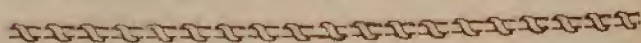
unicamente, che non abbiano negato la mallevadoria, e se la negano dopo, che fatta l'anno, non meritano più, che venga loro accordato il soccorso della divisione.

Il creditore poteva rivolgersi contro il suo debitore, ma poteva del pari rivolgersi contro dei pieggi in virtù della stipulazione interposta. Era in suo arbitrio l' esigere il pagamento o dal reo principale, o da essi. Durò questo metodo sino ai tempi di Giustiniano, da cui fu stabilito per legge (1) il benefizio dell' Ordine consistente in questo, che qualunque volta il creditore aggredisce i mallevadori senza prima aver procurato di rimanere soddisfatto dal debitor principale, possano questi pretendere di non essere molestati, se prima non è messo al vaglio il principale, e non si è tentato d' ottenere da esso il pagamento. Che per altro nel caso, che questi fosse notoriamente incapace di supplire al suo debito per iscarsezza di facoltà, o pure che assentato si fosse, e dentro certo tempo non ritornasse, lecito sia al creditore di obbligar direttamente i fidejussori.

§. VII.

Ma se uno di questi senza prevalersi del benefizio, nè della divisione, nè dell'ordine avesse soddisfatto interamente il creditore, egli non aveva azione diretta nè contro il debitore, nè contro gli altri correi, coi quali non aveva fatto contratto veruno. Come dunque porlo in istato di poter domandare il risarcimento dovuto e da

(1) *Nov.* 4. *Cap.* 1.

quello, e da questi? Gli somministra il modo il creditore medesimo colla cessione, che a lui deve fare di tutte le azioni dirette personali, ipotecarie, e pignoratizie, che gli competono contro il debitore, e contro i mallevadori, in virtù della quale cessione il fidejussore uso far può di quelle armi tutte, che le leggi poste aveano in mano del creditore, per farsi interamente pagare (1).

TITOLO X.

Delle Obbligazioni contratte per iscrittura.

§. I.

Sonovi obbligazioni, le quali contrarre non si possono, se non che col mezzo di parole: e sonovi obbligazioni, l'esistenza delle quali unicamente dipende dall'esistenza d'un qualche chirografo, o scrittura. Detto avendo antecedentemente di quelle, passiamo ora a ragionare di queste.

La diffidenza scambievole, che anno gli uomini fra di se stessi, effetto necessario della mala fede, con cui si diportano nell'esecuzione delle loro convenzioni, e contratti, come a nostri tempi, così anche a'tempi de' Romani, fa sì, che i creditori prima di dare in mano del futuro debitore o il soldo loro, o altre robe da essi volute esigano sicurezza della restituzione, e del pagamen-

(1) *Leg.* 21. *Cod. de fidejuss.*

mento in iscrittura, la quale dia forza maggiore, o producitrice sia d'una novella più stringente, ed efficace obbligazione. Ma che sarebbe, se avendo io bisogno di danaro, e chiesto avendone una determinata somma in prestito da un mio conoscente, gli dessi in mano uno scritto, in cui mi dichiaro d' averla ricevuta, e di doverla restituire questa somma, sebbene realmente io ricevuta non l'abbia, e questo scritto senza punto ridomandarglielo glielo lasciassi pel corso intero di più anni, passati i quali egli poi lo producesse in giudizio, e mi domandasse a tenore del medesimo il pagamento? Potrei io essere giustamente costretto all' esborso? sarebbe questo un contratto, il quale mi ponesse in morale necessità di restituire ciò, che a me non fu dato giammai? Egli è vero, che universalmente parlando, la scrittura, o il chirografo non è causa effettrice d' obbligazione; ma prova unicamente d' una qualche contratta obbligazione anteriore, la quale se non esiste, non viene posta in essere da qualunque scritto si voglia (1). Egli è vero altresì, che chiunque sulla fiducia di ricevere o danari, o altre cose fungibili da un altro gli dà un suo chirografo, in cui si confessa debitore, nell'ipotesi, che nulla poscia riceva, per legge naturale non rimane obbligato (2). Ma verificandosi nella maggior parte de' casi, che realmente ricevette la quantità, o le spezie richieste colui, che confessa in suo scritto d' averle ricevute, ed essendo irragionevole cosa il supporre, che

(1) *Leg. 6. Cod. de compens.*
(2) *Wolf. J. N. P. V. cap.* 1. §. *66.*

che uno sia trascurato, e non curante del suo proprio interesse a segno di lasciare appresso d'altri una carta confessionale a suo debito per lungo tratto di tempo, e di non ridomandarla, e di non reclamare nell' ipotesi, ch' ei in verità debitore non sia: come per dovere naturale sono tenuti i legislatori a porre in uso i mezzi i più atti ad abbreviare, e troncare i litigi, che insorger potessero fralle persone viventi nella medesima civil società, così ogni qual volta le determinazioni aggiunte ad una legge di natura sono o impossibili, o estremamente difficili da provarsi, e possono, e deggiono sostituire a queste dell' altre diverse, la prova delle quali sia più facile, e più sensibile, secondo che i dotti moderni Filosofanti c'insegnano (1), che la teoria ci spiegarono di cangiare le naturali leggi in civili.

Dice di natura la legge: Restituite ciò, che riceveste dai vostri simili. Giusto è il precetto, fondato sulle necessarie relazioni delle cose, invariabile: ma per altro ipotetico sempre; perchè, volendo fare applicazione della legge al fatto, conviene prima provare, che siasi dato ciò, che pretendesi dover essere restituito. Ora, come accertarsi, se sia in realtà dato, o nò quel soldo, che uno dice d' avere contato, e l'avversario nega d' aver ricevuto, quando non vi sono testimonj del fatto, e quando il chirografo di colui, che si costituisce debitore, va soggetto ad eccezioni, e non forma piena fede in giudizio? Ecco una lite, che per mancanza di legittime prove renderebbesi eterna, e diverrebbe sorgente feconda di mille

(1) *V. Wolf. P. VIII. J. N. cap. 3. §. 986.*

mille controversie, e querele, l' une pullulanti dall' altre: ed ecco una legge importantissima di natura, la quale però renderebbesi inapplicabile ai casi particolari, attesa l'impossibilità di provare, se sia, o nò stato dato quel tanto, a restituire il quale si vuole un cittadino obbligato. Se non che la legislatrice prudenza, determinando ciò, che era indeterminato, ed incerto per legge di natura, generalizzò un principio, che per la maggior parte dei casi l' esperienza avea mostrato esser vero; vale a dire, che avesse realmente ricevuto chiunque confessasse in suo chirografo d'essere debitore, lasciato durante uno spazio considerabile di tempo in altrui mano. Dal che deducevasi per giustissima conseguenza, che chiunque avesse formato un tale scritto, rimanesse efficacemente obbligato a restituire ciò, che in realtà non avea ricevuto in virtù d'una sua convenzione, e volontario contratto.

Questo contratto, il quale nel linguaggio Latino *litterarum obligatio* si chiama, per essere la costitutiva sua forma, ed essenza la scrittura, trovasi posto in uso frequente fra i Romani, e autorizzato da varie leggi sino dal secondo secolo del governo de' Cesari. Se poi anticamente vi fosse un così fatto contratto, e se quell'atto, che da Cicerone, e da Giustiniano (1) si appella, *obligatio nominibus facta*, e che accostumavasi a tempi della Repubblica, corrisponda esattamente a quell' atto, che ne' tempi posteriori detto fu obbligazione di Scrittura; ella è bensì una dotta, ed erudita quistione, nella quale sono dis-

(1) *Cic. ad Attic. IV. 18. Just. pr. h. tit.*

discordi i letterati più celebri (1): ma non essendo a dì nostri d'uso veruno, basterà l'averla accennata, onde passare a definire quel letterale contratto, di cui nel corpo delle leggi Romane troviamo fatta menzione.

§. II.

Cosa è dunque codesta obbligazione di scritto? Ella è un contratto, in forza del quale chi confessa d'essere debitore d'altrui a titolo di mutuo in un suo chirografo non ridomandato, nè ritrattato dentro un biennio, resta obbligato in virtù di questo scritto, e può essere convenuto in giudizio alla restituzione, sebbene nulla abbia realmente ricevuto.

Tre assiomi relativi a questo contratto la predetta definizione ci porge. Essere la base, e il fondamento di esso uno scritto confessionale di debito non ritrattato dentro due anni. Dovere essere questo scritto confessionale d'un mutuo, affinchè nascer possa obbligazione efficace: divenire doppo il corso d'un biennio l'obbligazione efficace in guisa, che può il chirografario essere giuridicamente costretto mercè del suo contratto al pagamento intero del soldo, o del genere, sebbene da esso lui non ricevuto.

§. III.

(1) *Brisson. de form. lib. 6. Salmas. de usur. cap. 6. Schulting. jurispr. vet. V. Heinecc. Ant. Rom. p. 2. lib. 3. tit. 22. §. 2.*

§. III.

Quegli, che tiene in sua mano una scrittura confessionale di debito, ha un apparente titolo per formare contro dello scrivente domanda in giudizio, e lo scritto medesimo gli diviene una prova giustificativa della realtà del suo titolo. Ma se codesta azione venga dal supposto creditore proposta prima, che spirato sia un continuo biennio da quel giorno, in cui rilevasi essere stato scritto il chirografo, ella può essere infievolita, e ributtata colla difesa accordata dalle leggi al reo, il quale replicasse di non avere ricevuto ciò, di cui fassi nella carta opposta menzione: difesa, alla quale dassi il nome nelle scuole di giurisprudenza di eccezione *non numeratæ pecuniæ*. Quindi Giustiniano dispose (1), che in que' contratti, nei quali fu scritto, essere stata numerata certa somma di danaro, o dati certi generi, sia in diritto o quegli, che apparisce dalla scrittura d' essere il debitore, o il successore di lui di proporre l' eccezione *non numeratæ pecuniæ* non già più dentro un quinquennio, come dianzi costumavasi, ma soltanto dentro un biennio continuo. Rimarcabile molto è l' effetto di questa eccezione, se uso se ne faccia durante il tempo legittimo: essendocchè, sebbene in tutte l' altre quistioni giudiziarie, e forensi il reo, che propone una qualche eccezione, debba egli provare la realtà del fatto, che asserisce; nel caso nostro però l' attore resta in obbligo di addurre le prove, che sia vera-

(1) *Leg.* 14. *Cod. de non numer. pec.*

veramente stata fatta la consegna de' generi, e lo sborso del danaro. Onde rescrisse Antonino a Demetrio (1). „ Se in conseguenza d' una tua „ cauzione ti verrà mossa giudiziaria contesa, „ coll'opporgli l' eccezione o di dolo, o di non „ essere seguito contamento veruno di soldo, è „ posto in necessità l' attore di provare, essere „ stato fatto l' esborso: il che se non giunge egli „ a provare, l' effetto del giudizio sarà la tua as- „ soluzione ".

Quantunque però vero sia, che al debitore questo riparo è dalle leggi accordato contro l' aggressione del preteso creditore, vero è altresì, che un tale diritto ei lo perde, se mai un qualche atto da esso si faccia, il quale porga ragionevole motivo di persuadersi al giudice della realtà della numerazione seguita. Se uno indicato debitore dal suo primo chirografo, contro del quale per altro gli competeva l' eccezione, poscia o a voce, o in altra scrittura differente confessasse d' esserli stato fatto il contamento, potrebbe costui, benchè non ancora trascorso fosse il tempo dei due anni, proporre innanzi ai tribunali eccezione alcuna di soldo non numerato? Non la può più proporre, dicon le leggi (2): è illecito ad ognuno l' agire contro il fatto suo proprio, ed è un' indegnità il tollerare, che possa contravvenire a quanto schiettamente confessò di sua bocca, e contraddire alla propria sua testimonianza. Se un altro dopo la formazione d'un chirografo simile pagasse all' indicato suo creditore parte del danaro ultro-

(1) *Leg.* 3. *l.* 20. *Cod. de non num. pec.*

(2) *Leg.* 29. *Cod. de pact. l.* 13. *C. de non num. pec.*

ultroneamente, ovvero le usure del medesimo, accetterebbesi poscia l'eccezione, se gli venisse la fantasia di proporla? Ma avrebbe forse meno di forza la ratificazione, ch' ei fa in questa guisa col fatto, di quello, che abbia una ratificazione interposta a voce, o per iscrittura? Nò senza dubbio, e appunto per questo rescrisse l' Imperatore Antonino (1): „ Quando ratificando la cauzio„ ne già fatta, avessi tu pagato porzione del de„ bito, o delle usure, puoi ben avvederti, che „ troppo tardi fai uso dell' eccezione.

Per altro, se il presunto debitore troncar volesse al creditore ogni mezzo di intentargli lite a motivo d'un suo chirografo confessionale d'un prestito da esso lui non ricevuto, prima che spiri il tempo di due anni, o domandi, che restituito gli sia il viglietto da se scritto, come esprimente un'obbligazione, a cui non può soggiacere, non essendosi verificata la causa della medesima, uso facendo dell' azione chiamata *condictio sine causa*: ovvero (2) si quereli della mala fede di colui, che ritiene il suo scritto senz'averne adempito il contenuto, e noti un solenne protesto nell'uffizio de' competenti Magistrati contro ogni molestia, che per questa ragione in qualunque tempo mossa gli fosse, avvegnachè l' eccezione in questo modo diventa perpetua, e pone in sicuro l' innocenza del debitore.

§. VI.

(1) *Leg. 4. Cod. eod. tit.*

(2) *Leg. 4. C. de cond. ex leg. l. 14. §. 4. C. de non num. pec.*

§. IV.

Contraggesi obbligazione mercè d'un chirografo nel solo caso, nel quale si tratti d'un mutuo. Dunque, se avvenga mai, che in uno scritto si confessi d'aver ricevuto qualche cosa d'altri per qualunque altro titolo, come sarebbe di deposito, o di comodato, e questa non la si avesse realmente ricevuta, non si potrà far uso dell'eccezione, nè trasferire nel domandante il peso di provare la verità del deposito, o del comodato, ma bensì a carico sarà del reo il giustificare con prove le più convincenti, non essere stato da se ricevuto giammai quel deposito, o quel comodato, o non essere stata effettuata quella convenzione, qualunque siasi, della quale nella carpita scrittura è fatta menzione: per lo che Alessandro ad Austiano rescrisse (1): Non debbi ignorare, come l'eccezione *non numeratæ pecuniæ* ha luogo soltanto, quando domandasi ad altri restituzione di soldo, perchè dato in prestanza.

Le Apoche, o Ricevute non formano un contratto; non sono elleno cause producitrici d'obbligazione: sono memorie comprovanti d'essere stato o in tutto, o in parte soddisfatto, ed estinto un debito dipendente da anteriore convenzione, ed accordo. Se dunque avesse un qualcheduno scritta, e data al suo debitore un'apoca, nè poi ricevuto avesse il pagamento in essa enunziato, non gli compete già quell'eccezione dentro lo spazio di due anni, la quale compete unica-

(1) *Leg.* 5. *Cod. de non num. pec. l.* 14. §. 1. *Cod. eod.*

camente in conseguenza del contratto chirografario, di cui favelliamo. Qualunque volta l'apoca è scritta da pubblico ministro, e ad estinzione d'un debito contratto dal pubblico, ricevuta che sia dal creditore, diventa un' irrefragabile prova del pagamento seguito, nè contro d' essa si ammette eccezione veruna in qualunque tempo proposta (1). Qualunque volta ella è scritta da un privato relativamente a convenzioni, ed a debiti privati, accordasi a chi la ricevette il tempo di trenta giorni per reclamare, e querelarla, se effettuato non fosse il contamento del soldo, o la tradizione reale delle spezie in essa espresse: ma, trascorso questo intervallo di un mese, perde irreparabilmente il creditore ogni diritto di eccezione alcuna contro della medesima (2).

Il che tanto è vero, quanto che non si accorda nè la forza di contratto, nè così privilegiata eccezione nè pure a qualsivoglia apoca, o ricevuta di dote, sebbene così favoreggiata dalle leggi. Imperciocchè fingiamo, che abbia un padre maritata una figlia, promettendo di darle certà quantità di danaro a titolo, e nome di dote; che questa quantità non sia stata realmente data, ma che il marito con suo chirografo, o ricevuta asserisca d'averla ricevuta, sulla lusinga forse di essere per riceverla. Quale sarà di questa carta confessionale l'effetto? Potrà il deluso marito proporre eccezione contro il dotante dentro il tempo di due anni? e proponendola, trasfonderà il peso

(1) *Leg.* 14. §. 1. *Cod. eod. Leg.* 4. *Cod. de apoch. publ.*

(2) *Leg.* 14. §. 2. *Cod. de non num. pec.*

di provare nell'avversario, o sarà egli tenuto ad allegare le prove della sua asserzione, e di non averla ricevuta? Ecco sopra di questo punto le prescrizioni delle leggi (1). Se o per ragione di divorzio, dentro lo spazio di due anni, o per morte d'uno de' conjugati sciolgasi il matrimonio, il chirografario, o i di lui eredi sono in diritto di proporre l'eccezione di dote non numerata, prima però, che passi un anno continuo, e coll'allegare eglino stessi le convincenti prove della loro asserzione. Se il matrimonio disciolgasi dopo due anni di conjugale coabitazione, anno diritto di proporla codesta eccezione, ma solamente dentro un trimestre dal giorno dello scioglimento: se durato avesse il matrimoniale consorzio per dieci anni di seguito, e poi si sciogliesse, perdono ogni diritto di proporre eccezione, il chirografo, o l'apoca diviene irrefragabile prova contro di chi scrisse, e lo condanna lo stesso suo colpevole troppo lungo silenzio.

§. V.

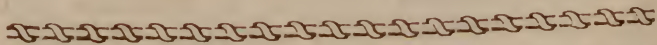
Il chirografo dunque di mutuo produce per se obbligazione, ma rimane questa indebolita, e rendesi inefficace anche civilmente col mezzo dell' eccezione proposta dentro il legittimo tempo. Dunque decade da questo indulto chiunque non ne fa uso dentro il termine limitato, e prefisso, vale a dire, d'un biennio continuo. La conseguenza è certa, e indubitata: ma incerto è bene, e dub-

(1) *Leg. 14. L. de non num. pec. L. 3. Cod. de dot. non num. Nov. 100. cap. 2.*

è dubbioso, se chi non si prevalse dell'eccezione competente nel corso dei due anni accordatigli, perda assolutamente il diritto di proporla dappoi, anche coll' assumere l' incarico di dimostrare egli non esserli stato dato ciò, che scrive d'aver ricevuto, onde sia obbligato a restituirlo; ovvero, se quell'eccezione, la quale proposta a tempo era privilegiata, e liberavalo per sempre dal peso di provare, proposta fuori di tempo gli possa competere, condizionata per altro, e coll'obbligo gravoso in esso lui trasfuso di provare, che dato non gli fu ciò, che nel suo scritto testifica d'aver ricevuto. Le parole per verità delle leggi sembrano troppo chiare, e precise a favore di quelli, i quali sostengono, che perdasi assolutamente il diritto a qualunque o privilegiata, o semplice eccezione, quando uso non se ne fece opportunamente, ed a tempo. „ Se (dice Alessan„ dro (1) a Materno,) se lascio scorrere il tem„ po legittimo senza fare alcun passo contro del „ creditore, il di lui erede, ancorchè sia un pu„ pillo, è ad ogni modo astretto al pagamento": e Giustiniano soggiunge: „ Proporre si possa l'ec„ cezione di soldo non numerato, ma dentro „ però un biennio continuo, così che spirato „ questo tempo non si possa in nessuna maniera „ introdurre querela di danaro non numerato ". Ad onta però d'espressioni così aperte, e stringenti sembra, che nella pratica del foro venga ai debitori chirografarj di mutuo concesso il diritto di schermirsi dall'obbligazione di restituire col proporre contro la pretesa de' creditori l'eccezione

 non

(1) *Leg.* 8. *L.* 14. *Cod. de non num. pec.*

non numeratæ pecuniæ anche dopo due anni; eccezione per altro, la quale in queste circostanze semplice diventa, e tralascia d'essere privilegiata.

TITOLO XI.

Delle Obbligazioni, che contraggonsi col consenso.

§. I.

L'iscrizione del titolo presente guardiamo bene, che non c'induca in errore. Ella ci avverte, come ora si tratta di quelle obbligazioni, le quali col consenso contraggonsi, non già perchè esser vi possano obbligazioni, o contratti possibili senza consenso, ma perchè si comincia quinci a favellare di quella spezie di contratti i più frequenti, e i più necessarj agli usi d'una sociale vita, e civile, per donare esistenza ai quali non si richiede nè tradizione attuale di cose, nè formalità di parole, o di scrittura, ma riconoscono la sufficiente loro ragione nella prestazione reciproca del consenso d'ambe le parti. Se vi fossero di tali contratti, i quali la loro forma tenessero dal solo consenso, come anche gli assenti possono acconsentire sopra un istesso soggetto, e come possono gli uomini dichiarare l'interno loro volere co' cenni, e co' gesti eziandio, così potrebbero contratti di questo genere celebrarsi e fra persone lontane, e col gesto solo, e col cenno (1). Se

(1) *Leg.* 52. §. 9. §. 10. *D. de O. & A.*

Se vi fossero di tali contratti puramente consensuali, senza che alla genesi d'essi vi concorresse o formalità di parole, o necessità di scrittura, sarebbero questi e i più facili, e spediti da farsi, e insieme i più necessarj, e vantaggiosi per la società in generale, e che in conseguenza dovrebbero considerarsi di buona fede col donare ad essi ogni ampia, e benigna interpretazione, intendendo mai sempre, che patteggiato abbiano i contraenti di reciprocamente prestarsi quanto o l'equità richiede, o conviene alla natura della convenzione, o è conforme alla consuetudine de' paesi, quantunque non sia stato singolarmente espresso, e dichiarato nel contratto medesimo: a differenza di certun'altri, nei quali ciò unicamente e dare, e fare si debbe, che fu determinatamente, ed espressamente stipulato, senza che si dia luogo in essi a modificazione, ed interpretazione veruna, i quali perciò di stretto, e rigoroso diritto si chiamano. Ora di tali contratti se ne danno; e sebbene discordi siano gl' Interpreti (1) nel fissarne il numero, aumentandolo gli uni, e minorandolo gli altri, cinque se ne rinvengono annoverati ne' volumi delle leggi Romane, e sono, la compera, e vendita, la locazione, e pigione, l'enfiteusi, la società, ed il mandato, di ciascheduno de' quali far parola dobbiamo.

(1) *Althus. Dicæol. lib.* 2. *cap.* 79. *Donell. Comment. lib.* 12. *cap.* 10.

Titolo XII.

Della Compera, e Vendita.

§. I.

Essendo impossibile nella naturale limitazione delle nostre forze, e nella moltiplicità de' nostri bisogni, che ciascuno in particolare possegga, o abbia la destrezza di fare egli da se, le cose tutte, le quali fanno d'uopo alla vita, si rese assolutamente necessario il ritrovare un qualche spediente, mercè di cui si agevolasse a tutti, e a ciascheduno de' viventi l'avere quelle spezie di cose, che gli mancavano. Ne' primieri tempi del mondo, ed anche a giorni nostri fra que' popoli, che rozzi ancora, e selvaggi senz'arti, e senza agricoltura scarseggiano, o sono affatto privi di generi da mercanteggiare, lo spediente usato fu il dare, che fecero gli uomini agli altri que' generi, i quali erano a loro inutili, o soprabbondanti, e ricevere da questi in cambio que' generi, de' quali si trovassero essi mancanti, e supplire in questa guisa alle molte, e sempre mai rinascenti necessità della vita (1). Così le caravane dei Mori vanno a Tombouctou a cambiare il sale, di cui abbondano, colla polvere d'oro, della quale ne hanno a dovizia i Negri del Zanguebar. Forma de' mucchj del suo sale il Moro: ne forma il Negro della sua polvere: gli accrescono, e gli scemano a vicenda sino a tanto che, accordatesi ambe le parti, l'una si piglia l'oro, e l'al-

(1) *Montesq. lib.* 22. *cap.* 1. 2.

l'altra riceve il sale. Questo contratto il più antico, il più semplice, e naturale di tutti, dicesi Permuta, e può definirsi: Una convenzione, nella quale le parti acconsentono di dare una certa spezie, o una determinata quantità di cose per ricevere un'altra spezie, o determinata quantità di cose diverse; a cagione d'esempio, di dare un cavallo per un bue, dieci moggia di frumento per dieci botti di vino.

La Giurisprudenza Romana considerava la permuta come un contratto informe, il quale non fosse da per se stesso efficace, nè producesse azione in virtù del semplice consenso. Facea di mestieri, che o dall'una, o dall'altra delle parti contraenti fosse fatta l'attuale tradizione della cosa, che intendevasi di cangiare con altra, come addiveniva ne' contratti innominati: e quando anche effettuata si fosse da una parte la tradizione, non però accordavasi azione per costringere l'altra ad adempiere il convenuto, e fare il cambio, ma soltanto per obbligarla a restituire, quanto avea ricevuto del nostro per cambiarlo col suo (1). Secondo però i principj di ragione adottati universalmente da noi, basta che intervenuto sia il consenso, acciò abbia il suo effetto la Permuta, e diasi azione per obbligare all'adempimento del contratto, o fatta sia, o non fatta la tradizione.

§. II.

Con tutto ciò l'uso delle sole permute si ritrovò colla sperienza insufficiente per soddisfare adegua-

(1) *Leg. 5. §. 1. D. de præscr. verb.*

guatamente ai moltiplici bisogni della società del genere umano. I trasporti, che si dovean fare delle merci da permutarsi, erano sempre imbarazzanti, e costosi, e molte volte impossibili: quando anche fossero fatti, era incerto, se potesse aver luogo il cambio, potendo succedere, che o non abbisognassero gli altri dei generi nostri, o eglino non avessero i generi desiderati da noi: e finalmente in qualunque caso rimaneva della difficoltà nel pareggiare il valore, e nel ridurre ad eguaglianza le cose, che doveano insieme barattarsi. Tutte però queste difficoltà si dileguarono, e si facilitò il commerzio fralle nazioni subito, che si ritrovò nella moneta il segno rappresentativo del valore di qualunque cosa, ed una merce, la quale eminentemente contiene tutte l'altre, e può sostituirsi a tutte. L'agricoltura ravvicinò l'uomo all'uomo: ella variando, e moltiplicando i frutti, e i prodotti della terra variò, e moltiplicò i generi delle mercanzie: accrebbe il numero delle cognizioni, e dell'arti, e in conseguenza dei bisogni, le nazioni rese colte, ed incivilite s'accordarono a stabilire ne' pezzi dei più durevoli, dei più duttili, e preziosi metalli coniati il segno rappresentante il valore delle cose (1). Il vedere disegnate sulla sabbia d'un lito, a cui l'avea fatto approdare una fiera tempesta, delle figure geometriche, fece giudicare ad un antico filosofo d'aver posto il piede in un paese abitato da Greci. Il vedere farsi uso di monete in un popolo basta a farci conoscere esser esso un popolo dirozzato, e ingentilito. Fra i popoli dunque

(1) *Leg.* 1. *D. de contr. empt.*

que colti, fra i quali ha corso la moneta, si cominciò a dare danaro per acquistarci altre cose, e in vece del contratto di Permuta divenne fra gli uomini frequente, ed usuale il contratto di Compera, e Vendita.

Per formarci di questo un' idea la più chiara, e distinta suppongasi, ch' io voglia fare acquisto d' una pietra preziosa: che un giojelliere me ne faccia vedere molte, e che fra queste una ne trascelga, la quale più dell' altre mi piace: che il mercatante acconsenta di trasferirne in me il dominio, purchè io dia a lui l' equivalente valore della medesima in danaro, ed io acconsenta di dare il danaro domandato, purchè egli mi ceda la proprietà della gioja. Nulla di più si ricerca, onde nasca in me obbligazione di dare il soldo, e diritto di pretendere la tradizione della cosa mercanteggiata, e nasca nell' altro diritto di esigere da me il danaro accordato, e l' obbligazione di consegnarmi la spezie ricercata. Ora un atto reso dall' autorità delle leggi naturali, e civili sufficiente a produrre tra più persone relazioni reciproche d' obbligazione, e diritto mercè del loro assenso prestato è un vero contratto. Posto dunque, che si convenga da un canto di dare una certa cosa per una certa quantità di danaro, e dall' altro di dare certa quantità di danaro per una determinata cosa, si darà l' esistenza ad un contratto. Il danaro, che in esso si pattuisce per avere una cosa, dicesi Prezzo. La cosa, che si acquista coll' esborso del convenuto danaro, dicesi Merce. Chi si obbliga a dare la merce per avere il prezzo, dicesi Venditore; e chi si obbliga, a dare il prezzo dicesi Compratore. La convenzione relativa
ad

ad una certa merce da darsi per certo prezzo ha un particolare suo nome, e dicesi Compera, e Vendita, e questa definirla possiamo: Un contratto formato dal consenso di dare una determinata merce per un determinato prezzo, ed un determinato prezzo per una determinata merce.

§. III.

Questa definizione ci fa conoscere quali siano le essenziali costitutive proprietà di un tale contratto. Perciocchè, essendo vero ciò, che i filosofi c'insegnano, cioè, consistere codeste proprietà nel complesso di quelle cose, le quali sono le prime concepite dallo spirito nell'idea, che si rappresenta d'un essere, non determinate da altre, nè vicendevolmente determinantisi, ma che bensì contengono la ragione della natura, delle affezioni, e degli effetti dell'essere medesimo; noi rappresentandoci l'idea di compera, e vendita, vi discopriamo in essa un atto di consentimento di due, o più persone; di consentimento a trasferire il dominio di certa merce, di trasferire il dominio di certa quantità di danaro. Ora supposto, che v'intervenga consenso, non è già necessario, che siavi consenso di trasferire il dominio d'una spezie, potendosi trasferire o l'uso soltanto, o la custodia, come accade in altri contratti: nè similmente è necessario, che siavi consenso di dare un certo prezzo, potendosi dare o gratuitamente, o col cambio d'altri generi; e in conseguenza queste cose nè sono determinate da altre preesistenti nell'idea del contratto, nè vengono scambievolmente determinate l'una dall'altra. Egli è ben

ben vero, che supposto un mutuo consenso da una parte di dare il prezzo, dall'altra di dare una spezie, possiamo spiegare la natura, e render ragione degli effetti tutti, e delle modificazioni, delle quali è suscettibile il contratto di compera, e vendita. Dunque proprietà essenziali del medesimo saranno, Prestazione di consenso; Prestazione di consenso nel compratore di dare un certo prezzo; Prestazione di consenso nel venditore di dare una certa cosa. La coesistenza di tutte e tre queste determinazioni pone in essere il contratto; gli conferisce la forma, e la perfezione (1) senza che più nulla di essenziale gli manchi, e lo rende obbligatorio talmente, che inutile diverrebbe alle parti il pentirsi, e il ricredere di effettuarlo.

Ma se il contratto di vendita, e compera acquista la sua perfezione in forza del solo consenso dalle parti prestato, perchè dunque il compratore non ottiene il dominio della cosa vendutagli? perchè ricercasi la tradizione attuale d'essa, acciò possa liberamente ed usarne, ed abusarne a talento (2)? perchè non può dirsi seguita l'alienazione della spezie venduta, quando non ne sia posto realmente in possesso il compratore? Facciamo uso per rispondere a questa difficoltà d'una distinzione adottata, e posta in chiaro da uno dei più rinomati Giureconsulti de' tempi nostri (3). Due spezie, o pure due gradi di perfezione conviene distinguere ne' consensuali contratti: una può dirsi

(1) *Pr. h. tit. Leg.* 12. *Cod. de contr. empt.*
(2) *Leg.* 20. *Cod. de pact.* §. 40. *de rer. div.*
(3) *V. Domat. Loix civil. L.* 1. *Tit.* 2. *sect.* 2. §. 10. *not.*

dirsi perfezione di forma, l'altra perfezione di compimento. Un contratto è formalmente perfetto allora, quando si trova in esso tutto ciò, ch'è necessario affinchè siano obbligate le parti all'esecuzione di quanto esige la particolare natura della convenzione. Ed un contratto è compiutamente perfetto allora, quando data si è l'intera esecuzione a ciò, a che reciprocamente obbligate si sono le parti in virtù della convenzione seguita. Il fine, per cui s'accordano gli uomini di comperare, e di vendere, si è di acquistare il pieno dominio di una cosa, o di un valsente, che non hanno: onde sarà formalmente perfetto il contratto di compera subito che uno rimarrà obbligato a trasferire il dominio della merce, e l'altro il dominio del prezzo senza che più lecito sia di pentirsi, e di retrocedere dall'impegno. E come nei contratti consensuali quest'obbligazione viene prodotta dalla sola prestazione del consenso, così basta essa sola a rendere formalmente perfetto il contratto di vendita: e di questa perfezione di forma debbono essere intese le leggi, le quali dicono perfezionarsi questo contratto col solo consenso, e prima della tradizione. L'adempimento poi, e la consumazione d'ogni contratto consiste nell' attuale tradizione, che fannosi scambievolmente le parti di ciò, a cui si sono obbligate: e in questo senso dicono le leggi perfetta la compera, e vendita, quando il compratore ha sborsato al venditore il contante, ed il venditore ha posto il compratore in libero possesso della merce, onde usare ne possa, e disporne a talento, come richiede il fine di questo contratto.

§. IV.

§. IV.

Se necessaria non è l' attualità della tradizione per dare esistenza al contratto consensuale di vendita, molto meno necessario si rende il porlo in iscritto: anzi sarebbe un errore il pensare, essere la scrittura una determinazione essenziale al medesimo. Quante compere ogni giorno si fanno, producitrici d' efficace obbligazione fra i contraenti, sebbene non siano avvalorate da pubbliche, o da private scritture? Ve ne sono però anche di messe in iscritto. Accordo il fatto; ma dico, che codesto scritto non dona già forma, e vigore alla compera, ma unicamente serve d' argomento, e di prova della di lei realità; ed anzi sempre in dubbio dell' intenzione, per cui abbiano voluto i contraenti porre in iscrittura questo contratto, deesi presumere, che voluto lo abbiano, acciò ne fosse un indizio, ed una testimonianza giuridica, e non mai per farne dipendere l' obbligazione, e l' effetto, essendo ragionevole cosa il supporre, che un contratto sia stato celebrato nel modo il più conforme all' indole, ed alla natura del medesimo, ed essendo certo altresì, che di loro natura i consensuali contratti non abbisognano per la loro forma, ed esistenza di scrittura veruna. Ecco le parole di Cajo (1).
„ In quelle obbligazioni, le quali contraggonsi
„ col consenso..... fannosi talvolta scritture ad
„ oggetto di provare col mezzo di esse la realtà
„ del fatto: per altro il contratto vale anche sen-
„ za

(1) *Leg. 4. D. de pign. & hypoth.*

„ za di queste, quando altronde se ne abbia la
„ prova."

Per altro, siccome possono apporsi alle vendite diversi patti, e condizioni ad arbitrio de' contraenti, le quali, quando non siano ripugnanti alle essenziali proprietà del contratto, ne modificano, e ne alterano la natura (1), così, non ripugnando punto alla natura della vendizione l' essere dedotta in iscritto, ne avviene, che possano i compratori, e venditori pattuire fra di se, che per mano anche di pubblico Notajo venga fatta carta del contratto da celebrarsi fra loro. Ora, se di questo rimangono intesi, un simil patto diviene una vera condizione, la quale sospende l'obbligazione, e la produzione del contratto sino a che sia interamente disteso, ed ultimato, e sottoscritto l' istrumento: cosicchè, dice la legge (2), non possano ambedue i contraenti pretendere innanzi diritto qualunque, nè sia in dovere il venditore di ricevere il prezzo stabilito, e di compiere la convenzione, o di risarcire il compratore, il quale pretendesse compensazione, o interesse per non essere stata effettuata la convenzione.

§. V.

Si può aver desiderio, si può patteggiare, e intavolare trattato, si può promettere di comperare, e di vendere: ma sino a tanto, che le parti non si accordano e della merce, e del prezzo, e non

(1) *Leg.* 7. §. 5. *D. de pact. Leg.* 23. *D. de R. J.*

(2) *Leg.* 17. *Cod. de fid. instr. Leg.* 15. *Cod. de contr. empt.*

non danno relativamente a queste due cose il loro positivo formale consenso, non si può dire, che siavi contratto: l'affare non è ancora deciso: non esiste nè compra, nè vendita, e in conseguenza non vi è obbligazione, nè possono astringersi le parti all'esecuzione. Si può anche dare un reciproco formale assenso ad una vendita senza però, che seguita sia tradizione alcuna di prezzo, o tradizione alcuna di merce: nella quale ipotesi non essendosi ancora incominciato ad eseguire il contratto, o come s' esprimono i latini scrittori, *re adhuc integra*, è lecito recedere dall' impegno, e ritrattare la vendita, quando in ciò ambedue le parti convengano: laonde rescrisse Gordiano (1): „ Quando non si è posta mano „ alla sua esecuzione, si può recedere da una „ compera, e vendita, se v'acconsentono ambe „ le parti, essendo che qualunque convenzione „ formata col consenso col mezzo d'un contra„ rio dissenso si discioglie, ed annulla ".

Come per altro può tornare a conto d'una delle parti, che la progettata vendizione o si faccia, o fatta si mantenga, e pienamente si adempia, così frequentemente succede, che si aggiunga al contratto di compera, e vendita un altro contratto, il quale consiste nella dazione di una qualche arra, la quale suole esigersi da quello tra i due contrattanti, a cui ridonda in maggiore vantaggio il farsi, o l' eseguirsi la vendita. Qualunque però sia questo vantaggio, qualunque sia il fine, per cui l'arra si dia, noi intendiamo con

(1) *Leg.* 1. *l.* 2. *Cod. quan. lic. ab empt. disc. l.* 58. *D. de pact.*

con questo nome Una certa quantità di soldo, o un certo capo di roba, che dassi o per sicurezza, che sarà per farsi la vendita, o per indizio, e confermazione maggiore, ch'ella fu fatta: e per nome di dazione di caparra intendiamo un contratto reale, in cui per fine di celebrare, o di effettuare una compera, e vendita si dà in mano certa quantità di danaro, o certa spezie dall'una delle parti all'altra. Di questi pegni, o caparre date in grazia d' un qualche contratto di vendizione ne trattano eruditamente, e distesamente secondo i principj del semplice naturale diritto alcuni tra moderni filosofi (1): noi qualche cosa ne diremo secondo i principj del diritto civile non contrarj però a quelli del naturale.

§. VI.

Egli è ben vero, che molte volte al contratto di compera, e vendita si aggiunge la tradizione dell'arra, ma è sempre vero altresì, che questa forestiera, ed accessoria convenzione non altera punto, nè cangia la sostanza dell'atto principale, il quale indipendentemente da essa ha la sua esistenza, e vigore (2). Come dunque ogni contratto di vendizione prima che sia consumato, ed eseguito può per reciproco accordo restare annullato, se fia mai, che una tale annullazione si faccia, e siasi data precedentemente o dal venditore, o dal compratore caparra, ella debbe essere restituita, perchè non avendo più luogo il con-

(1) *Wolf. J. N. P. IV. cap. 4. §. 987.*
(2) *Leg. 35. D. de contr. empt.*

contratto, ch'è la causa, in grazia di cui il pegno fu dato, e non avendo luogo per uniforme volere degl'interessati, non può parimenti aver luogo, ed effetto l'accessorio contratto dell'arre. Quindi consultato Giuliano nel caso, in cui uno, che comperò del vino, avea data al venditore certa somma di soldo in caparra, e poscia si convenne tra ambedue, che il contratto di vendizione aversi dovesse come non fatto, rispose (1), competere azione al compratore per domandare la restituzione di quanto avea dato per arra.

Qualunque volta caparre si diedero per sicurezza, che verrà fatta la vendita, se questa poi non si faccia a cagione della perfidia, o dell'incostanza d'una, o dell'altra delle parti, sempre imputabile a colpa, e lesiva dei diritti, e degl'interessi d'altrui, ragion vuole, ch'esse siano perdute in pena della mancanza di fede, e in giusto risarcimento del torto, che si fa, e del danneggiamento, che soffre forse un'altra persona, alla quale conveniva il contratto, e sono perdute in guisa, dice Giustiniano (2), che chi patteggiò di comperare, e poi ricusa di prestare il suo assenso formale, e di obbligarsi a dare il prezzo, non ha più azione di ripetere l'arra già passata in dominio del venditore deluso; e chi promise di dare una certa spezie, e poscia tardi pentito manca alla sua promessa, non solo è tenuto a restituire quanto per arra il compratore gli diede, ma eziandio a darli altrettanto di quello che avea ricevuto.

(1) *Leg.* 11. §. 6. *D. de act. empt. & vend.*
(2) *Leg.* 17. *Cod. de fid. instr.*

Che se poi suppongasi già perfetto il contratto di compera, e vendita, ed ambedue i contraenti a consumarlo, e ad eseguirlo disposti, come caviensi alla buona fede, quegli, che avea dato caparra, è in diritto d'imputarla nel prezzo, e diffalcare il di lei valore nel pagamento; e, se ricusasse l'altro di restituirgliela, ogni qual volta sborsato gli fosse l'intero convenuto prezzo della merce venduta, gli si accorda azione e per rivendicarla, e per risarcimento di qualunque danno, ed interesse (1), perchè altrimenti non vi sarebbe più eguaglianza nella convenzione, e l'una delle parti risentirebbe discapito, e l'altra ritrarrebbe del lucro senza sufficiente ragione. Ma bene è da avvertirsi, che stabilito una volta, e concluso il contratto, per cagione del quale si esigono le caparre, e si danno, non v'ha più luogo a pentimento: esso debbe immancabilmente osservarsi, ed eseguirsi, ed indarno tenterebbe di esimersi dall'obbligazione d'adempierlo o questo, o quello de' contraenti anche coll'offerta di perdere l'arra già data, o il doppio valore della medesima, quando persistesse una parte nella risoluzione di volerlo effettuato. Nò, dicevano Diocleziano, e Massimiano ad un ricorrente (2), „ non è legittima, nè sostenibile la ragione, che „ adducete per rescindere una vendizione già fatta „ di comune consenso: e quand' anche offeriate „ il duplo di più al compratore, egli non può „ essere a suo mal grado costretto a renderla inu„ tile, e rescinderla ".

§. VII.

(1) *Leg.* 11. §. 6. *D. de act. empt.*

(2) *Leg.* 4. *l.* 6. *C. de contr. empt. l.* 5. *Cod. de O. & A.*

§. VII.

Scrittura, caparre, ed altre simili cose sono adjacenze, e preliminari del contratto di vendita, ma nè hanno, nè possono avere forza di cangiarne l'essenza, la natura, e gli effetti. L'essenza della vendita è tutta riposta nel simultaneo concorso del consenso d'ambe le parti nella merce, e nel prezzo. La di lei natura risulta da que' doveri, i quali sono le conseguenze o delle proprietà del contratto medesimo, o di que' patti, che vi appongono i contraenti, quando siano conformi, o non ripugnanti alla sostanza di esso. Gli effetti consistono in que' doveri, ed azioni, che si competono e al compratore, e al venditore in virtù del contratto. Spieghiamo prima d'ogni altra cosa le proprietà essenziali di questa convenzione incominciando dalle qualità, che debbe avere il consenso.

§. VIII.

Essendo il consenso una tendenza della volontà di più individui ragionevoli ad un medesimo fine, ed essendo il fine delle compere, e vendite l'acquisto da una parte del dominio d'una determinata merce, e dall'altra l'acquisto del dominio d'un determinato prezzo, avrassi il consenso richiesto per qualunque vendizione subito che vi avrà volontà nel compratore di trasferire il dominio del prezzo, e volontà nel venditore di trasferire il dominio della merce. Ma non si dice atto di volontà in un essere ragionevole, se

non se quello, col quale si determina a fare, o scegliere una cosa a preferenza d' un'altra diretto dai lumi dell' intelletto, e in conseguenza delle nozioni, che ha della medesima, e che appetibile gliela rendono. Dunque non vi sarà atto di volontà, e in conseguenza consenso in que' venditori, e compratori, ai quali manca la possibilità di formarsi idea delle cose, o mancano attualmente le nozioni vere di quelle cose, che intendono di comperare, o di vendere. Ora una tale mancanza può avere la sua ragione o nelle false idee, che uno de' contraenti si formò a se medesimo, o nelle false nozioni, che l' altro contraente gli fe' con malizia concepire della cosa mercanteggiata a fine d' indurlo a comperarla, ovvero a venderla. Mancanza dunque di vere, e necessarie nozioni può darsi relativamente al soggetto o per errore, o per frode. Dunque vi può non essere sufficiente consenso nelle compere, e vendite e per errore, e per frode de' contrattanti. Veggiamo, qual sia l' effetto d' una vendizione fatta per errore secondo le disposizioni delle leggi.

§. IX.

Chiunque contragge per errore, in tanto contragge, in quanto falsamente suppone nel suggetto una qualche qualità, o perfezione, la quale in realtà nel medesimo non esiste. Dunque in tanto assente al contratto, in quanto si rappresenta vera una qualche cosa, e in conseguenza il suo assenso, che presta, è condizionato (1), in-

(1) *Wolf. J. N. P. III. cap.* 4. §. 249. *Puffend. de J. N. lib.* 3. *cap.* 6. §. 6.

intendendo di comprare, o di vendere, se esiste la tale perfezione, o qualità nella spezie da comperarsi, o da vendersi. Ora egli è certo, che un contratto qualunque, e molto più un contratto di buona fede, non produce obbligazione, ogni qualvolta non si verifica la condizione, non purificata la quale non v'è consentimento. Dunque chiunque contragge compera, o vendita per errore circa la merce, o circa il prezzo, non contragge obbligazione veruna potendosi dire, che non abbia prestato consenso. Il linguaggio è questo della ragione, e questo altresì è il linguaggio delle leggi. L'una dice (1), che coloro, i quali errano, sembra, che non acconsentano: e l'altra insegna, che nel fare qualunque contratto, o sia di buona fede, o nò, se v'intervenga un qualche errore, come se una cosa intendesse chi compera, o chi prende a pigione, ed altra diversa ne intendesse chi seco loro contragge, l'atto seguito non ha valore, ed efficacia di sorte.

Se non che la prudenza legislatrice, la quale debbe sempre avere in mira il bene maggiore della società in generale, riflettendo al disordine, al quale si spalancherebbe una larghissima porta, se sotto il pretesto d'errore nello spirito de' contraenti si permettesse l'annullazione totale delle compere, e vendite, providamente stabilì, doversi ammettere differenza fra gli errori relativi alla sostanza, e gli errori relativi agli accidenti della spezie, o del suggetto, del quale si mercanteggia. L'errore relativo alla sostanza, come quel-

(1) *Leg.* 116. §. 1. *D. de R. J. l.* 57. *D. de O. & A.*

quello, che ci fa credere esservi nel suggetto una qualche proprietà da noi voluta, quale condizione, senza di cui non avremmo acconsentito nè a comperare, nè a vendere, annulla interamente il contratto, anzi ne toglie l'esistenza: l'errore relativo agli accidenti, come quello, che ci fà immaginare esservi nel suggetto una qualche qualità, la quale presta bensì un motivo novello per invogliarci al contratto, ma non è però la determinante ragione, per cui vi acconsentiamo, non rende invalida la vendizione, ma dona azione soltanto al risarcimento dovuto, come vedremo in appresso.

Le leggi medesime ci porgono opportuni esempj, e dottrine per decidere ne' casi particolari, se l'errore de' contraenti sia relativo alla sostanza, o pure agli accidenti. Ciò, che noi diciamo individuo, ovvero spezie determinata, *corpus* lo dicevano i Giureconsulti Latini. Ora supposto, che uno intendesse di comperare il tal fondo, o numericamente il tal servo, e il venditore per eguale errore desse un altro servo, o un diverso fondo, sarebbe relativo alla sostanza l'equivoco, e porterebbe in conseguenza la nullità del contratto; onde leggiamo essere stato risposto (1): „ Se io mi credeva di comperare il fondo Corneliano, e tu credevi di vendere il Semproniano, la compera è nulla, perchè dissentimmo „ nel corpo: e parimenti, se avendomi io proposto nel pensiero di comprare Stico, tu intendesti di Pamfilo, rimarrà nullo il contratto, „ giacchè risulta agli occhj la nullità della compera,

(1) *Leg. 9. D. de contrah. empt. l. 4. D. de leg. primo.*

„ pera, posto che v' abbia dissenso nel corpo ". Il sesso forma una specifica differenza fra gli animali; ed è chiaro per se, che i ministeri, e gli usi, ai quali sono atti gl' individui dell' uno, nè pretendere, nè ottenere si possono da quelli dell' altro; e però ragion vuole, che se uno comperare volesse un maschio, e gli fosse per errore venduta una femmina, affetterebbe un così fatto errore la sostanza della cosa, ond' ebbe Ulpiano a dire (1), che se uno vendesse una donna, credendo l' altro di comperare un uomo, perchè errossi nel sesso, non vi fu nè vendita, nè compera. Che se non si errasse o nel corpo, o nel sesso, ma nella materia, onde è formata, e composta la merce, comecchè la diversità di essa mette diversità nel genere, e chi contratta ha in animo di provvedersi di cosa di un certo genere più, che di un altro, e perciò lo esige come condizione, da cui il suo consenso dipende, così l' errore nella materia è un errore relativo alla sostanza, e annullativo d' ogni compera, e vendita. Io voglio comperare un bacino, o un candeliere d' oro, o di argento: me ne viene dato un altro di bronzo, o di stagno, o di platina. Ma diverso è bene il genere, diversa è la materia dell' oro, e dell' argento da quella del bronzo, della platina, dello stagno, e del piombo. Sarà dunque invalido, e nullo il contratto, quando per errore data mi sia roba d' un metallo diverso da quello, il quale è l' oggetto del mio consenso. Abbiamo sopra di ciò una decisione d' Ulpiano (2). Consultato una volta, se non

 essen-

(1) *Leg.* 11. §. 1. *D. de contrah. empt.*
(2) *Leg.* 9. §. 2. *D. de contr. empt.*

essendovi errore nella spezie voluta, ma nella di lei sostanza, e materia, come se fosse per errore venduto dell' aceto in luogo di vino, bronzo in vece d' oro, piombo, o altro metallo rassomigliante in vece d' argento, e riportata avendo l' opinione di Marcello riguardo all' aceto venduto per vino, e raddolcitala con una distinzione tra aceto naturale, e vino, che cominciò ad acetire: sopra gli altri problemi proposti risolutamente pronunzia, non esservi vendizione, qualora errarono i contraenti nella materia.

Egli accordasi in questo e coi dettami della ragione naturale, e coi principj della giurisprudenza civile. Ma come accordarlo poi con questi, e con se medesimo ancora, quando altrove c' insegna, che nell' ipotesi, in cui io mi credessi di comprare, e tu di vendermi dell' oro, mentre la materia era realmente di bronzo, come in quel caso, che certi coeredi (1) vendettero al più avvantaggiato prezzo un braccialetto stimato d' oro, il quale poi ritrovossi essere per la maggior parte di bronzo, doversi considerare per valido il contratto, perchè la smaniglia aveva in se qualche porzioncella d' oro? e quando soggiunge, tenere la vendita d' un capo di roba indorato, e da me erroneamente mercanteggiato, perchè creduto d' oro massiccio? Sembrami molto più conforme all' idee d' equità naturale la sentenza di Giuliano, il quale nel caso (2), che uno vendesse inavvertitamente una tavola coperta di lama d' argento, come se tutta fosse di questo metallo, e che l' altro egualmente in errore la pagasse,

come

(1) *Leg.* 14. *D. de contr. empt.*

(2) *Leg.* 41. §. 1. *D. eod.*

come se fosse d'argento, decise, non esservi contratto, e potersi ripetere il soldo sborsato per questo titolo al venditore.

§. X.

Gli antichi Maestri del diritto similmente c'istruiscono, quando si possa dire, che l'errore è relativo a qualità accidentali, la falsa supposizione delle quali non toglie la validità al contratto di compera, e vendita. Se ambedue i contraenti convenissero sopra d'una certa determinata spezie, e in questa non errassero punto, ma soltanto fallassero nel di lei nome, la qualità della denominazione come sarebbe sufficiente ragione d'invalidare il contratto, se non cangia punto l'essenza della cosa il darle qualunque nome si voglia? A ragione dunque fu detto (1): che, se dissentissimo nel nome, quando constasse del corpo, non ci è dubbio alcuno della validità della compera, e vendita, non avendo l'errore del nome forza d'annullarla, se conviensi della sostanza. L'errare nel sesso influisce sulla validità dell'atto, non potendo una donna rendermi que' servigi, i quali mi determinano a comperarmi un servo: ma la qualità d' essere una schiava fatta già donna, mentre io mi credeva di comperarla ancora pulcella, nel che m' ingannai, non fa, che non sussista il contratto: sebbene nell'ipotesi, che il venditore sapesse questa mia intenzione (2), e non ostante mi desse una femmina ad onta

(1) *Leg.* 9. §. 1. *D. de contr. empt. l.* 4. *C. de testam.*

(2) *Leg.* 11. §. 1. *D. de contr. empt.*

onta di sapere non esser più vergine, mi compete azione rescissoria del contratto per riavere io il prezzo, e poscia restituirli la donna (1). Qualunque volta, stabilito il contratto d'una spezie determinata, si patteggia, che vi si aggiugnerà un qualche capo di più, egli è evidente, che questo diventa un accessorio, e in conseguenza da considerarsi come una qualità accidentale al contratto. Se dunque stipulato si fosse, che il venditore oltre del fondo, di cui si fa la compra, aggiungervi dovesse la persona d'uno schiavo, nè bene si sappia, quale individualmente questo schiavo esser deggia, avendo inteso d'uno il venditore, e il compratore d'un altro, codesto errore non pregiudicherà in veruna maniera alla validità dell'atto principale (2). Non vi pregiudicherà nemmeno l'ignoranza, o l'errore del pregio, e del valore dell'accessione dedotta in contratto, o sia ella inferiore di molto, o superiore alla cosa, alla quale fu aggiunta per soprappiù, essendo vero, che alle volte si comprano molte cose più in grazia delle accessioni, che di esse medesime. Finalmente, se avvenga mai, che nella vendizione errore si prenda nella materia in maniera però, che il corpo, o la sostanza composta sia per la maggior parte di quella intesa dal compratore, e nella menoma sua parte d'una materia diversa; ovvero che la materia, onde è formata, sia d'un grado inferiore di preziosità, e di perfezione: come il più, o il meno non cangia l'essenza, e la natura delle cose, così l'erro-

(1) *Leg.* 11. §. 5. *D. de act. empt.*

(2) *Leg.* 34. *D. de contrah. empt. l.* 44. *D. de ædil. edict.*

l'errore in questa circostanza si considera relativo a qualità soltanto accidentali, e non cagiona nullità di contratto per mancanza del necessario consenso, e sarà vero il detto di Paullo (1), che vale la vendizione, quando la spezie è realmente d'oro, sebbene esso sia di lega, e di qualità peggiore di quella, che aveasi il compratore creduto. Termineremo per altro il discorso circa l'errore con un bel testo di Paullo, pieno d'equità, e riconducitore delle cose a quell'uguaglianza, la quale ricercasi in tutti i contratti. Dice egli dunque così (2): „ Quantunque altrove ab-
„ biamo asserito, sussistere la vendizione, posto
„ che siamo d'accordo riguardo alla spezie, e
„ discordiamo riguardo alle qualità, con tutto ciò
„ sarà tenuto il venditore a risarcire il compra-
„ tore dei danni tutti, ed interessi occasionati
„ dall'essersi egli ingannato, ancorchè parte al-
„ cuna non abbia in questo suo errore chi ven-
„ de ".

§. XI.

Come l'errore o toglie, o scema il consenso, ed annulla totalmente la vendita, o addossa l'obbligazione di compensare il nocumento, che occasionò alla parte contraente, così del pari o la rende affatto invalida, o dona diritto di chiedere il risarcimento la frode, e l'inganno. Frode, ed inganno commettesi dai contraenti, qualunque volta per avvantaggiare ingiustamente se stessi, ed indurre altri a comperare, ed a vendere simu-
lano

(1) *Leg.* 10. *D. de contrah. empt.*
(2) *Leg.* 21. §. 2. *D. de act. empt.*

lano esservi nel suggetto del contratto proprietà, e perfezioni, che in realtà non vi sono, ovvero dissimulano trovarsi in esso delle imperfezioni, le quali non risaltano agli occhj, e che avrebbero dovuto rivelare operando con quell'onestà, e buona fede, la quale in tutti, e spezialmente ne' consensuali contratti ricercasi.

Ora questa artifiziosa simulazione, e dissimulazione può usarsi o relativamente a certe qualità, in supposizione dell'esistenza delle quali dassi dall'una delle parti l'assenso, e che in conseguenza divengono altrettante condizioni, senza la verificazione delle quali non si determinerebbe assolutamente a volere; e questo dicesi inganno Dante causa al contratto: o relativamente a qualità, senza eziandio delle quali sarebbesi acconsentito, ma a prezzo, e in maniera differente; e questo chiamasi inganno Incidente. Questa distinzione premessa, ecco la disposizione delle leggi. Ogni qual volta l'inganno s'aggira sopra le qualità del primo genere, e diviene causa del contratto, la vendita è nulla, dice Ulpiano (1), perchè appostatamente procurata ad oggetto d'attrappare il venditore, il quale ricorrendo da chi amministra per autorità pubblica la giustizia otterrà la rescissione della medesima per sentenza dichiaratoria dell'insussistenza del contratto, al quale nulla può essere tanto ripugnante, quanto l'inganno. Ma, qualora questo concerne le qualità accidentali soltanto della materia, il contratto regge, ed esiste, e concedesi azione all'ingannato di domandare o la restituzione, o l'aumen-

(1) *Leg. 7. D. de dol. mal. l. 5. Cod. de resc. vend.*

mento del prezzo, onde proporzionare la cosa comprata alla sua giusta stima, e valore. Se uno per vendere a più caro prezzo un suo schiavo a chi ha voglia di farne acquisto, lo dipingesse o per valente artefice, o per letterato; se uno vender volesse un' eredità, e il compratore asportar ne facesse per altra mano parte degli effetti, onde a minor prezzo comprarla, non sarebbero queste fraudulenti maniere, danneggiatrici del contraente contro la sincerità, e la buona fede? Lo sarebbero senza dubbio; e perciò nel primo caso accordasi azione al compratore per esigere dal venditore la restituzione di quel di più, che gli diede persuaso dell' abilità, che falsamente si attribuiva allo schiavo mercanteggiato; e nell' altro ha tutto il diritto il venditore di ripetere dal compratore, quanto di meno gli fu sborsato, attèsa l' ingiusta sottrazione degli effetti ereditarj (1).

§. XII.

Nel contratto di compera, e vendita trattasi di trasferire in dominio d' altri la proprietà della merce, e del prezzo. Il costringere con violenza, e timore d'un male grave un legittimo padrone a spogliarsi della proprietà de' suoi averi mercè d'un atto, che tutte le leggi lasciano in sua balìa di farlo, o non farlo, è un attentato contro il naturale diritto, e che, come non saprebbe donare all' ingiusto violento soperchiatore facoltà alcuna morale d' esigere ciò, ch' estorse per for-

(1) *Leg.* 43. *D. de contr. empt. l.* 13. §. 4. 5. *D. de act. empt.*

forza, così non saprebbe imporre ad un uomo, il quale sorpreso da terrore acconsente, necessità morale di dare, o di fare. Imperciocchè nulla v'ha di più opposto al consenso, il quale è la base, e il sostegno di tutti i contratti di buona fede, quanto la violenza, e'l timore (1): sarebbe contro il buon costume il dar forza ad atti di tal natura; e però essendo la compera, e vendita un contratto di buona fede, se mai la si facesse a mal grado, e per paura, ella diventa irrita, e nulla da per se, nè tale la rende la sentenza, e il decreto del giudice, il quale informato, e persuaso del fatto non annulla colla sua autorità, ma dichiara invalida, e insussistente la convenzione, rimettendo le cose in quello stato, in cui erano prima, che fosse seguita.

Quantunque per altro sacri siano, ed inviolabili i diritti della proprietà de' cittadini, quantunque sia una violazione della giustizia il costringere, e il violentare chi che sia, a comperare, o a vendere contro sua voglia (2), con tutto ciò vero essendo, che i diritti tutti de' particolari sono subordinati al bene generale della società, che in essa risiede l'eminente dominio di tutte le cose, e che di violenza accagionare non si possono i Magistrati, i quali in esecuzione delle pubbliche leggi, e coi metodi da esse prescritti obbligano i privati a spogliarsi delle loro proprietà; vero similmente sarà, che ove il ricerchi il pubblico bene, e sicurezza, possano i sudditi costrin-

gersi

(1) *Leg.* 116. *D. de R. J. l.* 9. §. 3. *D. quod met. caus. l.* 1. *Cod. de resc. vend.*

(2) *Leg.* 11. *l.* 14. *Cod. de contr. empt.*

gersi a vendere i loro fondi, e ricevere dall'erario il prezzo conveniente, se ricusano volontariamente di cederli. Se per fortificare una piazza necessario fosse l'uso di certo terreno di ragione privata; se per togliere a'nemici il modo di coprire se stessi, e di offendere gli assediati necessario si rendesse il demolire edifizj vicini troppo alle mura; se per ergere una Chiesa a benefizio d'una popolazione, la quale ne manca, si dovesse occupare l'area d'un fondo posseduto da un particolare cittadino, potrebbero forse a giusto titolo ricusare i proprietarj di riceverne il prezzo corrispondente al valore? potrebbero riguardarle codeste cose, come legalmente non alienate dopo, che il Magistrato ne pronunciò il solenne decreto? potrebbero dolersi di violenza, e di soperchieria, e chiedere l'annullazione d'una tal vendita, come mancante del loro consenso? Nò certamente, perchè violenza non usa (1) chi fregiato di giurisdizione, e di autorità, di questa si serve a pubblico vantaggio ne'casi, e ne'modi dalla provvidenza delle leggi ordinati.

§. XIII.

Il diritto di proprietà comprende in se stesso il diritto d'alienare le cose, che sono in nostro dominio, e di trasferirle in dominio di chi più ci piace. Ne'contratti di compera, e vendita si ha per fine l'alienazione delle cose sue per acquistarci il dominio delle altrui. Dovrà dunque esser permesso a tutti, e a cadauno della società il com-

(1) *Leg. 3. §. 1. D. quod met. caus.*

comprare, ed il vendere, essendo questa una conseguenza del diritto di proprietà (1).

Ciò universalmente ed è, ed esser debbe riconosciuto per vero; se non che collidendosi insieme la ragione della proprietà con altre superiori ragioni, possono darsi combinazioni tali di circostanze, che giusta divenga la proibizione a certi generi di persone di comprare, o di vendere, e l'annullazione del contratto seguito ad onta del pubblico divieto, come se prestato non avessero consenso alcuno, sempre inoperoso, e frustraneo, quando si presta contro la volontà delle leggi. Se ad un governatore di provincia, se ad un giudice, se ad un magistrato lecito fosse di comperare fondi di terra, o altri effetti, toltine quei, che necessarj si rendono per lo vitto, e vestito, sarebbe forse irragionevole il sospettare, che i sudditi alla loro giurisdizione soggetti avessero acconsentito alla vendita delle proprie sostanze, ed alle condizioni della medesima più per suggezione, e timore di quello, che per libera determinazione del loro volere? L'avvedutezza dell'antiche leggi Romane per ovviare a questo pericolo avea stabilito (2), che qualunque cosa dai governatori, o da altri investiti di pubblica autorità venisse ne' rispettivi luoghi della loro giurisdizione comprata, annullato il contratto, ne perdessero il dominio, il quale si devolvesse al fisco, ed eglino oltre di ciò fossero condannati a sborsare il quadruplo del prezzo. Se si permettesse ai tutori, o curatori di comperare stabili, o mobili del patrimonio

(1) *Leg.* 11. *l.* 14. *Cod. de contr. empt.*

(2) *Leg.* 46. §. 2. *D. de jur. fisc. l.* 56. *l.* 62. *D. de contr. empt.*

nio dei pupilli, o minori, non potrebbe avvenire, che l' avidità del guadagno gl' inducesse a tali contratti, e rimanessero danneggiati gl' innocenti alla loro direzione affidati? Saggio provvedimento fu dunque (1), che ogni compera di cose pupillari fatta dal tutore, o curatore da per se, o per altra interposta persona, come fatta con mala fede, non abbia effetto, e valore; provvedimento, il quale per l' identità di ragione fu esteso ai procuratori, e commissarj, e a tutti quelli, che agiscono gl' interessi d' altrui. Le compere fatte da costoro di qualunque cosa appartenente ai principali non sono valevoli: esse esistere non possono senza il legittimo consenso d' ambe le parti; nè tali classi di gente anno in queste circostanze facoltà legittima d' acconsentire.

§. XIV.

Ma il solo consenso non basta. Non può concepirsi idea di vendita alcuna, e di compera senza una merce da vendersi, dice Pomponio (2). Innumerabili essendo le spezie di cose, che la natura produce, e che inventa l' industria, innumerabili essendo i bisogni della vita umana o reali, o d' opinione, e vantaggioso essendo alla società il dare un moto sempre maggiore alla circolazione del soldo col moltiplicare i generi da porsi in commercio, lo stesso naturale diritto c' insinua, ed il civile per testimonianza di

(1) *Leg. 5. §. 2. D. de auct. tut. l. 34. §. 7. D. de contr. empt. l. 5. Cod. eod.*

(2) *Leg. 8. D. de contr. empt.*

Paulo (1) comanda, che materia di questo contratto esser possano tutte indistintamente le cose suscettibili di prezzo, sopra le quali il venditore abbia o azione da domandarle, o legale possesso, o vero dominio, e che perciò trasferibili sono in proprietà del compratore. Ora non sono trasferibili in proprietà di veruno le cose comuni a tutto il genere umano, le sacre, le sante, e le religiose: non sono trasferibili in proprietà de' privati le cose pubbliche. Sono dunque tutte queste incapaci di esser materia di questo contratto (2): e se motivi di saggia politica, e d'interesse di Stato proibissero colle straniere, e rivali nazioni il commercio di certi generi, diverrebbero anche questi incapaci di esserne la materia. Così a' tempi dell' Impero Romano non potevasi con quelle nazioni, alle quali davasi il nome di barbare, esercitare commercio alcuno nè di olio, nè di vino, nè di altri liquori, onde non invogliarle a far conquista de' paesi fecondi d'ulive, e di viti: non poteasi vendere ad esse velo alcuno di lana tinta di porpora per non dare ad esse il modo di apprendere un' arte tanto proficua alla nazione: non poteasi comperare da loro la seta per non arricchirle; e non poteansi nè pure in tempo di pace sotto pena di confiscazione de' beni, e della vita medesima vendersi a forastieri non sudditi dell' Impero armi di sorte alcuna lavorate, o acciajo per lavorarle, onde poscia farne uso contro de' venditori (3). A giorni no-

(1) *Leg.* 34. §. 1. *D. de contr. empt.*

(2) *Leg.* 6. *l.* 22. *l.* 23. *D. eod.*

(3) *Leg.* 1. & *l.* 2. *Cod. quæ res ven. non poss. l.* 1. *l.* 2. *Cod. quæ exp. non deb.*

nostri la libertà del commercio è divenuta più grande: si adottarono principj di politica differenti, e queste proibizioni andarono o in tutto, o in buona parte in disuso.

§. XV.

Possono dunque divenire materia di questo contratto le cose tutte valutabili a prezzo, ed atte a trasferirsi in dominio, nè le esistenti soltanto attualmente, ma eziandio le future. Di queste però due spezie diverse distinguer si possono, dalle quali differenti effetti ne nascono. Imperciocchè altre vi sono, le quali, sebbene presentemente non esistono, pure secondo l' ordinario corso della natura immancabilmente saranno per essere a un certo tempo, come se io a questa stagione d'autunno vendessi il frumento, che raccoglierò ne' miei campi nell'estate ventura, o il parto, che darà alla luce una mia schiava già incinta dopo il periodo di poche lunazioni: ed altre vi sono, l'esistenza delle quali è incerta, e di cui avere non si può se non che una lusinghiera speranza, come sarebbe, se veggendo io un pescatore a gettare le reti nel mare, o un uccellatore a tendere lacciuoli ai volatili, contrattassi di comperare ad un prezzo determinato tutto il pesce colto nella rete, o tutti gli augelli, che si trovassero in quel giorno presi coi lacci. Egli è certo, che ambedue questi generi di cose sono una merce, e somministrano materia alla vendita; ma con questa notabile differenza però, che nel primo caso le cose future s' intendono vendute sotto condizione, se nasceranno,

onde nell' ipotesi, che la terra non producesse frumento, o che il feto non venisse alla luce, il contratto svanisce, e restituire debbesi il prezzo al compratore: mentre nell'altro caso la vendita è fatta assolutamente, e debbe osservarsi il contratto o sia, che la preda fatta superi di molto il prezzo pattuito, o sia, che pesce nessuno, e nessuno uccello si prenda, essendo sin dal principio eguale l' incertezza del guadagno, e della perdita dal canto del compratore non meno, che del venditore (1).

§. XVI.

Possono essere materia di questo contratto le cose corporali non solo, ma le incorporali ancora, come quelle, che possono essere di vantaggio, e sono calcolabili a prezzo, quali sarebbero gli usufrutti, e l'altre servitù, le azioni, ed i crediti. „ Noi sogliamo e comperare, e vendere „ i crediti, di coloro, i quali ci sono debitori o „ sotto condizione, o dopo un certo tempo, essendo i crediti una di quelle cose, che forma„ no materia e di compere, e di vendite, " dice Ulpiano (2).

Fa d'uopo per altro distinguere fra crediti, e crediti. Ve n'ha di quelli, che sono ancora contenziosi, non liquidati, nè confessati: e questi non possono esser venduti, affinchè non si renda peggiore la condizione del debitore nel caso, che l'azio-

(1) *Leg.* 8. §. 1. *D. de contr. emp. l.* 11. §. 18. *Cod. de act. empt.*

(2) *Leg.* 17. *l.* 20. *D. de her. & act. vend.*

l' azione contra di esso lui competente venduta fosse ad una qualche autorevole, e potente persona, la quale col timore di lunghe dispendiose liti, e stancheggi, o di altro male carpisse dal debitore forse con ingiustizia un non dovuto pagamento. Ve n'anno d' altri certi, incontrastabili, autorizzati o per confessione stessa del reo, o per sentenza de' giudici: e di questi vendizione legittimamente può farsi in guisa, che, seguita l' alienazione mercè del contratto, non solo venduta s'intende l'azione contro del debitore principale, ma eziandio contro de' mallevadori, se ve ne sono; e darsi in mano si dee del compratore del credito il pegno, che il cessionario avesse per sicurezza de' suoi diritti in qualunque tempo ricevuto (1). Ma sopra di questo articolo non v'ha discrepanza alcuna d'opinioni.

Controversa è bensì la quistione, se nell'ipotesi, che venduto sia un determinato credito, e questo liquido, e confessato, e non litigioso, da pagarsi dopo un certo corso di tempo, lecito sia di comperarlo a prezzo minore appunto per tale ritardo, quasi che la stessa anticipazione del prezzo porga un titolo, che ne giustifichi la diminuzione, onde senza lesione dell' eguaglianza, la quale debbe costantemente serbarsi tra la merce, ed il prezzo, possa per ottanta zecchini acquistarsi un credito di cento, riscuotibile soltanto, passati alcuni anni. Io sò, che fra i dotti, i quali delle virtù, e dei vizj, e dei doveri nostri teologicamente trattano, viene adottata una distinzione tra l'ipotesi, in cui o per l'assenza, o

Z 3 per

(1) *Leg. 6. l. 23. D. de her. & act. vend.*

per l'ostinatezza, o per la povertà del debitore difficile prevedesi, che sia per essere, o dilaziónata più a lungo la riscossione del debito comprato, sebbene liquido, e certo; e in questa supposizione accordano, potersi a cagione o de' lucri cessanti, o de' danni emergenti lecitamente contribuirsi quantità minore di prezzo: e fra l'ipotesi, in cui esigibile è il credito intero al tempo pattuito, attesa l'indole, e le facoltà della persona debitrice, e in questa supposizione niegano, potersi diminuire la quantità a cagione del solo ritardo del tempo, considerandosi come colpa d'usura, e d'ineguaglianza nel contratto il comperare per meno di quanto vale una merce, unicamente perchè n'è differita la tradizione. Sarà vera forse tale dottrina nel foro interno della coscienza; ma nell'uso della vita civile non andando mai esente da qualche pericolo, da qualche impreveduta difficoltà, e da qualche ritardo l'esazione, e il soddisfacimento dei debiti contratti, e perciò vero essendo in pratica ciò, che Pomponio asserì (1), esser assai di meno avere un'azione di quello che avere la cosa, non senza apparenza molta d'equità passò in universale costumanza, che i crediti tutti si comprino con qualche diminuzione di prezzo.

§. XVII.

Anche l'eredità testamentaria, o legittima entra nel numero delle cose incorporali, e prezzabili. Potrà ella dunque porsi in commercio, e ren-

(1) *Leg.* 204. *D. de R. J.*

rendersi materia di compera, e vendita? Per non errare nella risposta conviene por mente di quale spezie d' eredità s' intenda parlare. Intendesi forse d'un' eredità, sperata bensì, ed a cui abbiamo un qualche diritto, la quale per altro non ci è ancora deferita, essendo vivente colui, che in noi tramandare la debbe? Una tal vendita non partorisce effetto veruno sino a tanto che rimane in vita il possessore. Ella dunque inserisce, e fomenta ne' cuori del compratore, e del venditore l' irragionevole brama, che s' acceleri la morte d' un innocente. Un contratto, che porge occasione a così fatti condannabili desiderj, non merita l' assistenza, e la ratificazione delle pubbliche leggi, e perciò decretò Giustiniano (1), che secondo le regole dall' antico Romano diritto patti ed accordi di questo genere, come ripugnanti alla decenza, e al buon costume siano totalmente inibiti, e che nè donazioni, ipoteche, vendite, nè altro qualunque contratto dell' eredità d' un vivente aver possa effetto alcuno, quando espressamente non vi acconsenta il proprietario medesimo; e questo suo assenso non lo revochi prima della sua morte.

Intendesi forse d'un' eredità, alla quale abbiamo qualche diritto, e che da noi si venda in supposizione, che sia già morto il proprietario, e che ci abbia istituiti eredi? Una vendita tale è condizionata: la di lei validità, o invalidità dipende dalla verificazione d' un fatto, che non è a notizia de' patteggianti al momento nel quale contraggono. Se dunque rileverassi, essersi colla mor-

(1) *Leg.* 30. *Cod. de pact.*

morte, e per l'istituzione ordinata dal testatore devoluta l'eredità al venditore allora quando stipulossi il contratto, reggerà la vendita, e se le darà l'esecuzione dovuta: ma, se non fosse a quel tempo avvenuto il caso della devoluzione dell'eredità, svanisce il contratto, al quale mancò la materia, e la merce (1).

Che se finalmente la quistione si movesse sopra la vendita d'un'eredità già certamente appartenente al venditore e per la morte avvenuta, e per l'ordinazione testamentaria del proprietario, il dubbio da per se stesso è disciolto. Come il venditore ne acquistò con titolo giusto il *dominio*, come dileguossi ogni sospetto di desiderj opposti ai sentimenti d'umanità, così non ci può essere ragione alcuna, per cui si divieti l'alienazione d'un'eredità fatta già sua dal venditore. Dovrà ella dunque al prezzo stabilito passare intera in possesso del compratore senza diminuzione veruna, e solo potranno dall'erede smembrarsi da essa i legati, e fidecommessi, de' quali fosse aggravata, e cogli effetti della medesima pagarsi i debiti o pubblici, o privati, ch'erano a carico del defunto, essendo che nel contratto intendonsi venduti i beni ereditarj, e per nome di beni s'intendono soltanto le facoltà sgombre, e depurate da debiti (2).

§. XVIII.

(1) *Leg. 7. l. 11. l. 19. D. de her. & act. vend.*

(2) *Leg. 2. §. 16. De her. & act. vend. l. 39. §. 1. D. de V. S.*

§. XVIII.

Se il fine del contratto è la traslazione d' una merce nel dominio del compratore, non potendo una cosa, che è nostra, divenir più nostra di quello, ch' era dianzi, a tutta ragione Paullo c' insegna (1), non esser valida la compera d' una cosa, ch' è in nostro dominio, o scientemente, o per ignoranza comperata ella sia: e se ne avessimo dato il prezzo, avremmo tutto il diritto di farcelo restituire non avendo contratta obbligazione alcuna di darlo. Come però può avvenire, che se ad uno appartiene il dominio diretto, gli manchi l' utile; o se compete anche il pieno dominio, il possesso però della medesima cosa abbialo un altro, così non v' ha ripugnanza alcuna nel dire, che comperare si possa l' usufrutto, o la possessione di cose, sebbene esistano in nostro dominio. Ci porgono le leggi un bell' esempio di questa dottrina. Una donna, di nome Licinia, fa donazione universale del suo patrimonio ad un certo Luciano; ne va al possesso il donatario, e ne diventa padrone legittimo. Ha un figliuolo Licinia. Il donatario che fà? Egli compra da esso gli effetti dalla madre anteriormente donati. Ma non erano questi fatti già suoi? Codesta vendizione non era dunque vana, ed inutile? E pure per prudente, e per utile fu ella riconosciuta a fine di conservarsi l' acquistato dominio, e rendersselo perpetuo, e sicuro, potendo il figlio querela-

(1) *Leg. 16. D. de contr. empt. l. 45. D. de R. J.*

relare, come inoffiziosa, la donazione fatta a pregiudizio suo dalla madre (1).

§. XIX.

Ricercasi finalmente, se materia di questo contratto esser possa, se vendersi possa, e comprarsi una cosa d' altri, o furtivamente asportata. Che se rammentarci vorremo consistere il pieno effetto, e l' adeguato fine d' ogni compera, e vendita nella traslazione del dominio della merce nel compratore, e del prezzo nel venditore, e se rifletteremo, che non si può da alcuno communicare ad altri un diritto, ch' egli stesso non ha, verremo facilmente a conoscere, che acquistarsi dal compratore non si può giammai il dominio d' una merce, la quale non era in proprietà del venditore, sebbene ne sia seguita l' attuale tradizione, o consegna (2), e che un tale contratto non saprebbe essere di pregiudizio al vero padrone. Ma se poi ci porremo ad investigare, quale esser possa l' effetto di un tale contratto riguardo alle persone, le quali v' ebbero parte, se regga o nò la compera d' una cosa, la quale non è di ragione del venditore, e se, e quali obbligazioni ella produca, dovremo avere presenti allo spirito queste dottrine somministrateci dalle leggi medesime: che senza esitanza veruna v' ha contratto di compera, e vendita producitore d' obbligazioni reciproche, quantunque sia d' altrui, quantun-

(1) *Leg. 4. Cod. de contrah. empt. l. 16. l. 34. §. 4. D. eod.*

(2) *Leg. 20. D. de acq. rer. dom.*

tunque sia rubata anche la merce, la quale ne costituisce la materia, quando però sia o il compratore, o il venditore in buona fede (1): che non essendo il venditore precisamente tenuto a porre in dominio, ma soltanto a porre in possesso della spezie venduta il compratore, nasce in esso lui l'obbligazione di consegnargliela, come nasce nel compratore l'obbligazione di dare al venditore il prezzo convenuto, trasferendone il pieno, e legittimo dominio (2); se non che alla primiera domanda, al primo movimento, che si desse il proprietario, molestando il compratore nel possedimento della cosa vendutagli, è costretto chi gliela vendette o ad assicurarne il pacifico possesso, o pure a restituirli tutto il prezzo ricevuto, e compensargli i discapiti, che avesse potuto la parte contraente soffrire mercè della frode, e della mala fede usata dal venditore.

Che se poi il proprietario uso far vuole del suo diritto, rivendicando dal compratore ciò, che questi possede, tutto gli debbe essere senza contradizione restituito, e la spezie venduta, e i frutti d'essa o esistenti ancora in natura, o percetti, e convertiti in vantaggio del compratore, essendo giusta cosa, che segli abbia il legittimo padrone. Il che è tanto vero, quanto che non si può pretendere da esso lui nemmeno quel prezzo, il quale fu al venditore sborsato, contro di cui rimane sempre mai efficace l'azione per domandarlo, mentre non vi è titolo alcuno di esigerlo dal pro-

prie-

(1) *Leg.* 28. *l.* 34. §. 3. *D. de contr. empt.*

(2) *Leg.* 25. §. 1. *D. de contr. empt. Leg.* 30. §. 1. *D. de act. empt. Leg.* 48. §. 7. *D. de furt.*

prietario innocente. Aveanlo cominciato ad esigere a tempi degl'Imperadori Severo, ed Antonino certi negozianti, i quali comperato aveano effetti rubati, e ad essi loro poscia venduti, ed al memoriale, che presentarono alla corte, ebbero in risposta (1): Essere contraria alle regole d'ogni ben diretto governo la pretesa di non restituire le cose comperate, e rilevate poi per rubate, se prima non ne venisse dai padroni delle medesime pagato quel prezzo intero, che i compratori sborsarono.

§. XX.

Non meno della merce rendesi necessario per donare esistenza al contratto il prezzo. Ogni merce, di cui si forma materia di vendita, considerarla possiamo come una data quantità; ed il prezzo, che dassi per essa, come un'altra quantità proporzionale, e sostituibile all'altra: e come (2) non siamo tenuti a dare, o fare cosa alcuna a vantaggio d'altri, se non riceviamo l'equivalente, così nel comperare, e nel vendere trasferiamo, in possesso, ed in dominio d'un terzo, una determinata quantità di cose, le quali sono nostre col fine, e sotto condizione, ch'egli ci ponga scambievolmente in dominio d'altra quantità, la quale equivaglia a quello precisamente, che noi siamo per dare; e questa quantità noi la chiamiamo col nome di prezzo, l'inter-

(1) *Leg.* 2. *Cod. de furt. Leg.* 23. *Cod. de rei vindic.*

(2) *Wolf. J. N. p.* IV. *cap.* 2.

tervento del quale costituisce una delle essenziali determinazioni del contratto di compera, e vendita.

Questa quantità però esser debbe una misura generale, e comune del valore di tutte le cose possibili, che ci venga in pensiero di acquistare o per soddisfare ai nostri piaceri, o per supplire alle nostre necessità. Ora codesta misura generale, e comune di tutte le cose, che produr può la natura, e delle quali abbisogna la vita, come eziandio delle opere, e delle fatiche dell'uomo, sono i metalli coniati, e le monete, le quali, rappresentando il valore di quanto esiste, o di quanto si fa, contengono eminentemente il prezzo, e possono a qualunque altra cosa sostituirsi a tal che sia lo stesso l'avere o una determinata spezie, o un determinato numero di monete. Affinchè dunque esser vi possa contratto di compera, per la sostanza di cui ricercasi l'acconsentimento d'ambe le parti nel prezzo (1), è necessario, che codesto prezzo consista in danaro, e non già in una data quantità d'altri generi di qualunque natura essi poi siano.

La diversità appunto di questo prezzo forma l'essenziale differenza fra i contratti di permuta, e di vendita. Nella permuta si danno cose per cose, e si proporziona la quantità, e il valore dell'une coll'aumentare, o scemare la quantità, che rende eguale a queste il prezzo dell'altre. Io cambio un moggio di frumento, quando per esso ricevo due moggia di grano di Turchia, o una botte di vino, essendo che nella diversità delle

(1) *Leg. 72. D. de contr. empt.*

le sostanze la quantità, o il prezzo dell'une eguali le rende al prezzo, ed al valore dell'altre. Nella compera si dà merce per danaro, e si proporziona la quantità di esso al valore accordato alla merce. Io compro una casa, qualunque volta faccio l'esborso al padrone della medesima di tanta somma di soldo, quanta corrisponde all'estimazione dell'edifizio, che mi viene venduto.

Questa differenza di prezzo, o di materia costitutiva del prezzo, la quale diversifica il contratto di vendizione dal contratto di permuta, merita tanto più d'essere avvertita, quanto che non di rado può avvenire, che per acquistare una spezie si diano ed altre cose insieme, e insieme danari, onde si venga a formare un contratto particolare, il quale non bene si discerna, se qualificarsi deggia una permutazione, ovvero una vendita. E pure riesce d'importanza grande il fissare certi principj per lo scioglimento d'un tale problema, sì perchè diverse sono le azioni, che nascono dall'uno, e diverse quelle, che nascono dall'altro di questi due fra di se analoghi, e rassomiglianti contratti, e sì perchè nell'ipotesi, che suppongasi fatta una vendita, e compera, aver può luogo il diritto di Retratto, il quale non ha luogo, qualunque volta alienato sia un fondo, o capo altro di roba in forza d'un titolo di permuta. Dovremo dunque distinguere, se data sia quantità maggiore di effetti, e minore di soldo, come in supplemento per eguagliare al prezzo la merce; e in questo caso sarà una permuta il contratto seguito, e non già una vendita: o, se data essendo maggior quantità di danaro, vi si aggiunga poi una qualche spezie per ridurre il prez-

zo

zo ad eguaglianza colla merce; e in questo caso si avrà una vera vendizione piuttosto, che una permuta (1). Che se, o pari, o poco differente dalla quantità delle cose fosse la somma del danaro, dirassi, che si abbia permutato, o comprato? Tutto dipende dall'intenzione, ch'ebbero da principio i contraenti: era in loro arbitrio tanto il permutare, quanto il vendere; se non che essendo più usitato, e più frequente a giorni nostri il contratto di compera, ed essendo ragionevole cosa nell'incertezza della loro volontà il presumere, che convenuti si siano nel modo il più comune, e consueto fra le genti, non sarà assurda cosa l'interpretare nel dubbio a favore piuttosto della compera, che della permuta.

§. XXI.

Le volontà di chi compra non si aggira sopra un oggetto vago, ed indeterminato: ella si restringe all'acquisto d'una qualche merce limitata, ed individuale. Consente chi vende a dare la merce, ma vi consente a fine d'avere in di lei vece un determinato, e certo prezzo. Ora, come certo dicesi ciò che viene indicato, e mostrato in guisa da discernerlo da tutti gli altri esseri, coi quali ha somiglianza, così consistendo il prezzo di qualunque merce posta in vendita in una quantità corrispondente di soldo, questa quantità diventa certa con lo specificarne la somma, dicendo a cagione d'esempio: Cento lire, o con lo spiegare il genere, dicendo: Dieci zecchini, o col

(1) *Leg. 6. Cod. de pact. int. empt. & vend.*

col mostrare un determinato numero, e qualità di monete, o finalmente coll' indicarle mercè d'una qualche dimostrazione. Rechiamo di questa un qualche esempio. Uno dice: io dò il soldo, che tengo in borsa, o quello, il quale è in quello scrignetto colà. Dice un altro: compro quel fondo per ducati mille, e per quanto di più sarò per rivenderlo. Vagliono tali contratti in queste, e simili forme concepiti, risponde Ulpiano (1); avvegnacchè in realtà è certo e determinato il prezzo, che si offre per la merce, sebbene attualmente s' ignori la quantità del danaro, che contiensi nello scrigno, o nella borsa, o che si ricaverà da una vendita futura.

Ma saravvi certezza di prezzo, e avrà la sua esistenza il contratto se venga riposta nella volontà altrui la determinazione della quantità del medesimo? Ella si può rimettere o nella volontà d'uno de' contraenti, o nella volontà d' una terza persona. Può dirsi: compro a quel prezzo, che voi stabilirete alla vostra merce: vendovi questo cavallo per quella somma, che vorrete. Se fassi dipendere la quantità del prezzo dal capriccio, e dall' assoluto volere d' una, o dell' altra delle parti contraenti, ed interessate, rimane senz' effetto, e conchiusione il contratto; ma, se intendesi posta la limitazione del prezzo nell' arbitrio del venditore, o compratore, come d' un onesto, e ragionevole uomo, ha luogo il contratto, in cui creder si può, che luogo sia per avere l' eguaglianza, e la proporzione tra la cosa, ed il prezzo: e in questa guisa conciliate rimango-
no

(1) *Leg.* 7. §. 1. *D. de contr. empt.* §. 1. *h. t.*

no due legali risposte, l'una d'Ulpiano, e l'altra di Cajo, le quali sembrano opposte fra di se stesse, e contrarie. (1). Che se la determinazione del prezzo si lascia in balia d'un'estranea persona, purchè sia specificata, ecco la difinizione delle leggi (2): „ Il contratto ha il suo pieno valore, ogni qual volta si fa colla condizione di „ doversi dare quel tanto, che un certo tale avrà „ determinato. Se quegli dunque, il quale sarà „ stato prescelto e nominato, avrà stabilito, e „ fissato il prezzo, dovrà immancabilmente esso „ pagarsi, ed eseguirsi a puntino il contratto o „ celebrato col solo consenso, o posto in iscritto. Ma se poi avvenisse, che costui o non „ potesse, o non volesse tassarlo codesto prezzo, „ non vi sarebbe più vendita per la deficienza d'un „ essenzial requisito."

Va. 1 l. 1056. Cod. civile univ.

§. XXII.

Non basta, che il prezzo sia in danaro; non basta, che sia certo, e determinato: ricercasi di più, che sia corrispondente al pregio della merce. Allora vi ha questa corrispondenza, e quest' uguaglianza, quando in un contratto ricevesi l'equivalente di ciò, che si dà. Egli è vero che stà in arbitrio di chi è proprietario legittimo il trasferire anche gratuitamente il dominio delle cose sue in chiunque gli piace: ma in allora l'atto è puramente benefico, e prende il nome di donazione. Nei contratti onerosi, del qual genere è

(1) *Leg. 7. 35. §. 1. D. de contr. empt.*
(2) *Leg. 15. Cod. de contr. empt.*

la vendita, e compera, l'intenzione de' commerzianti non è già di donare ad altrui, bensì di ricevere l'equivalente alla cosa, che danno. Se entrambi codesto equivalente non lo ricevessero, non darebbesi il suo a tutti, ed uno verrebbe ad arricchirsi colle sostanze, e col danno degli altri; lo che essendo manifestamente opposto ai doveri della giustizia, ed ai principii del naturale diritto, porta in conseguenza la necessità dell'eguaglianza trale merci ed il prezzo di esse.

Quanto desiderabile sarebbe, che si osservasse quest' esatta eguaglianza in tutti i contratti! e quanto di raro avviene, ch'ella si osservi! Il bisogno, in cui si trova la società, della frequentazione de' commerzj, le perdite, che molte volte fanno i negozianti, il desiderio innato nell' uomo di rendere la sua condizione migliore col minore possibile discapito suo, rendono, se non lodevole in se, tolerabile almeno una qualche mediocre sproporzione fra le cose, ed i prezzi senza che per essa si annullino coll'autorità de' tribunali le compere, e le vendite: tanto più, quanto che sembra, essersi per un tacito generale accordo di tutto il genere umano introdotto, che e i compratori e i venditori nel mercanteggiare abbiano a procacciarsi i proprj maggiori avvantaggj; onde ebbe a dire un antico Giureconsulto (1): Che nel comprare, e nel vendere è naturalmente permesso il comperare a minor prezzo una merce, la quale è dí valore più grande, e venderla più cara di quanto vale in realtà, e il reciprocamente studiare d'ingannarsi. Non potendosi dunque nel commerzio totalmente

(1) *Leg.* 22. §. 3. *D. locat. Leg.* 8. *Cod. de esc. vend.*

talmente estirpare giammai quell'avidità di guadagno, la quale c'indusse ad alterare quella perfetta eguaglianza, che dovrebbe sempre mai ritrovarsi in ogni contratto; e dall'altro canto non potendosi permettere nella società il corso di quelle vendite, nelle quali è l'ineguaglianza esorbitante, ed eccessivo il danno, che o chi vende o chi compra, risente, trovossi la legislatrice prudenza costretta a fissare certi limiti, oltrepassando i quali diventa insostenibile, e si annulla il contratto, limiti, che sono varii, e diversi nel prezzo secondo la varietà, e diversità delle cose, che si mercanteggiano.

Imperciocchè altre di queste sono assolutamente necessarie alla vita dell'uomo, come il pane, le carni, il vino, ed altri generi di vittuarie, e di comestibili: altre sono utili, senza delle quali o non potrebbe mantenersi a lungo, o diverrebbe incolta, e barbara la società, come i panni, e tele di varie spezie, i lavori, e le manifatture di metalli, o di legni, e mille altre spezie di cose dalla natura prodotte, o dall'industria ritrovate per maggiore comodo nostro, e piacere. Una saggia, ed avveduta politica non dee lasciare in arbitrio degli avidi, e disumani venditori il prezzo de' viveri: ella lo suole prescrivere, e determinare altresì la misura, e la quantità degli stessi in ragione d'una data quantità di soldo, che vogliasi spendere. Questo prezzo fissato dalla pubblica autorità dicesi Legittimo: questo forma la giusta uguaglianza tra il dato, e ricevuto, e questo è inalterabile, ed invariabile sino a che il cangiamento delle circoſtanze non costringa la pubblica attenta provvidenza ad accrescerlo, o sminuirlo.

Ma riguardo agli altri generi di cose, delle quali non abbisogna per uso giornaliero la vita, il loro prezzo resta definito, e tassato dal giudizio degl'intendenti, dalla consuetudine universale del popolo, o dal consenso reciproco di coloro, che mercanteggiano fra di se; e questo dicesi prezzo Volgare, o Comune, soggetto a variazioni, e a differenze pressocchè indeterminabili, ed infinite. Anche questo però, essendo la misura proporzionata del reale valore delle merci vendibili, debbe avere con esse loro una giusta eguaglianza, e peccherebbe contro i doveri e d'uomo, e di Cristiano chiunque si abusasse dell'inesperienza, o della semplicità altrui col comperare, o col vendere ad un prezzo eccedente, o inferiore alla bontà della merce posta in contratto. Lasciamo ai filosofi spiegatori del diritto naturale, ed ai teologi interpreti del Divino il discutere, ed il determinare, se esser vi possano, e quali esser poſſano le circostanze particolari, nelle quali l'onestà, e la coscienza permetta di alterare il prezzo volgare delle cose, mentre noi, considerando l'uomo in relazione di cittadino soltanto, accordiamo bensì consistere nel prezzo volgare la giusta misura delle cose, ma aggiungiamo ancora, che non è già questo da considerarsi qual punto matematico indivisibile senz'estensione, e senza parti. Esso è suscettibile di gradi: vi possiamo distinguere e il mezzo, e il sommo, e l'infimo. Sino a che il prezzo, che si dà, non è inferiore all'infimo grado del valore comune, e volgare, o sino a che non eccede il sommo, la disuguaglianza d'esso colla merce non è tale, che doni al venditore, o al compratore dirit-

diritto d' implorare dai magistrati la rescissione dello stipulato contratto. Fingiamo, che siano il prezzo corrente per ogni sacco di frumento lire trenta veneziane. Sarà questo il prezzo vero, ma conserverà però la qualità di legalmente giusto, qualunque volta non se ne esiga dal venditore più della metà per eccesso, sorpassando le lire quarantacinque, o non si sottostia dal canto del compratore alla metà per difetto, e si dia meno di quindici. Un' esorbitanza tanto sensibile viene corretta, ed una lesione tanto enorme viene riparata dalle leggi in quella guisa, che spiegheremo dappoi. Del rimanente, per usare l' espressioni delle leggi medesime (1), se por mente vorremo al fine ordinario, che si propongono gli uomini nel mercanteggiare, e che studia l' uno di vendere al prezzo più avvantaggiato, l' altro di comperare al più basso, e che a poco a poco quello scemando dalla domanda, e questo aggiungendo all' offerta, giungono a stento ad accordarsi nel prezzo, verremo a conoscere, che nè la buona fede, sostenitrice di questo contratto, permette, nè verun' altra ragione di saggia politica consiglia ad annullare una compera dopo che si convenne alla fine del prezzo, eccettuatone il solo caso, in cui fosse dato più, o ricevuto meno della metà del giusto valore, che aveva la merce in quel momento, nel quale si fece il contratto.

(1) *Leg.* 2. *l.* 4. *l.* 8. *Cod. de resc. vend.*

§. XXIII.

Sebbene il vero prezzo d' una cosa desumasi dall' intrinseca bontà della materia, ond' è composta, o dall' eleganza, e squisitezza del di lei lavoro, o dagli usi più, o meno proficui, che può ella prestare, o finalmente dal valore, che generalmente attribuito le viene, non di rado succede però, che si domandi dal di lei possessore una somma di danaro superiore di molto al di lei pregio, ed estimazione reale in forza d' un particolare genio, che per essa nodrisce, il quale prezzo d' affezione suole appellarsi. Ma questa predilezione che si ha per una roba, quest' idea che ci formiamo di essa mercè d' una imaginaria perfezione, che ci rappresentiamo nella medesima, ci può forse porgere titolo, e ragione sufficiente per accrescerne il prezzo senza violare la giustizia, e i naturali doveri? Abbandoniamo le prevenzioni; lasciamo le dispute controverse degli scrittori, e discorriamo così.

Prezzo d' affetto dicesi, quando si valuta più una cosa di quello, ch'è universalmente stimata, per motivo d' una straordinaria affezione gioconda, che desta nel nostro cuore il possesso della medesima. Come il grado, e l' intensione d'ogni affetto giocondo è in ragione del grado, e dell' intensione del piacere, che ci cagiona, così il prezzo d' affetto ciascheduno lo calcola in ragione del piacere, che sente: e in conseguenza esso è un prezzo puramente relativo, e diventa o maggiore, o minore, o nullo secondo il piacere, e l' affezione o grande, o scarsa, o nulla, che può

sen-

sentirsi per una cosa. Che se il prezzo d'affetto tale ad una cosa si attribuisce, quale è il grado di piacere, che da essa ridonda, ne seguirà, che sia esso eguale al prezzo vero, e volgare d'un' altra qualunque cosa, l'acquisto della quale ne arreccherebbe un pari piacere: e però supposto, ch' io possedessi una gemma, o una medaglia antica valutata comunemente venti luigi, ma che questa recasse a me quel piacere medesimo, che risentirei possedendo cinquanta luigi, il prezzo di queste spezie sarebbe di cinquanta luigi.

Ma può egli un uomo porre, salvi i doveri dell'onestà, e della giustizia, un prezzo d'affetto superiore di lunga mano al vero alle sue cose? Il diritto di natura ci permette di determinare le azioni nostre secondo il nostro giudizio. Perchè dunque non ci permetterà di non venderle a chiunque, se non col darci quel prezzo, che corrisponde all'affetto, che per esse sentiamo? Se io possedessi una gioja a me estremamente cara, perchè donatami da un gran Monarca, o per qualunque altro motivo, ed io domandassi al compratore mille ducati, sebbene il vero valore della stessa non eccede i cinquecento, potrei ben essere condannato di soverchia semplicità, e di balordaggine, ricusando di ricevere sette, o pure ottocento ducati offertimi; ma chi potrebbe accusarmi d'ingiustizia, prevalendomi d'un diritto, che la legge di natura m'accorda, e che non mi resta impedito nell'esercizio dalla legge civile? Aggiungo di più, che alle volte codesto prezzo d'affezione può divenire ragionevole, e virtuoso: lo che si verifica, ogni qual volta ha esso il suo motivo in un senti-

mento prodotto in noi da una viva idea di qualche nostro dovere. Immaginiamo, ch' io abbia una gioja donatami in segno di benevolenza, e di amore da un grande personaggio: che questo m' abbia, finchè visse, colmato di favori, mio protettore, e mio benefattore costante, e che per puro senso di riconoscenza, e di gratitudine io la stimi assai più di quanto ella vale in se stessa. La gratitudine non è forse un dovere nell' uomo precettato dalla natura? L' affetto, originato dalla riconoscenza, non è conforme alla ragione? In quanto dunque il prezzo, che dono alle cose, è un risultato di questo affetto, non sarà nemmen esso, se non se conforme alla ragione, e in conseguenza conforme ai precetti della natura, e da considerarsi, come virtuoso. Avrò dunque un giusto titolo per non venderla codesta gemma, se non a quel prezzo determinato, e proporzionato all' affezione mia per la medesima.

Tutto ciò nondimeno va inteso in maniera, e in que' casi soltanto, che il prezzo d' affetto non rechi danno agli interessi, ed ai diritti d' altrui. Potrei io per non pagare un mio debito tralasciare di soddisfare il mio creditore non dandogli in pagamento pel suo giusto valore un capo di roba, perchè ella mi è cara? Potrei con pregiudizio di lui prorogare il pagamento dovuto, allegando di non trovare compratore, il quale mi dia tanto per la merce, quanto compensi il dispiacere, che risentirei nell' alienarla, e privarmene? Operando così io verrei ad agire contro una legge di natura, la quale mi divieta di arricchirmi colle sostanze d' altri, di mancare alle

obbli-

obbligazioni contratte, di cagionare danno al mio prossimo. Accordisi pure, che il prezzo d'affezione, che mette ad una sua spezie il proprietario, possa giustificarsi coll' essere sempre permesso, e talvolta comandato eziandio dal naturale diritto. Rimarrà non pertanto indubitabile, che nel caso di collisione, o sia nell' emergenza di circostanze, nelle quali non possono più leggi ad un tempo stesso adempirsi, alla negativa debbono cedere le permessive, e le precettive, e in conseguenza, trattandosi del danno altrui, non si ha diritto di fare uso alcuno del prezzo d' affetto.

Qual sarà dunque il caso, e quale il modo, con cui lecito sia il vendere secondo il prezzo dell' affetto, che ad una cosa portiamo? Suppongasi, che non sia in necessità d' alienarla per soddisfare a qualche contratta antecedente obbligazione; suppongasi, che mi si offra compratore, a cui bene stia l' acquistarsela; suppongasi, ch' io gli abbia notificata l' affezione, che ho per la merce, di cui mercanteggiasi, e la quantità del prezzo, che in compensazione del sentimento dispiacevole, che mi produrrebbe lo spogliarmene, credo conveniente di esigere; non si può dire, che ci sia dal mio canto frode maliziosa veruna, nè abuso d'una libertà, che la legge di natura mi accorda. Ora il compratore è in pari libertà o di acconsentire, o di negarmi la quantità del prezzo richiesta. S'ei me la nega, svanisce il contratto, e nessuna delle parti può pretendere aggravio, e lesione. S' ei vi acconsente, egli medesimo viene ad approvare, e a riconoscere proporzionato alla cosa vendutali il prezzo, che

vo-

volontariamente mi dà. Dunque egli dà a me, quanto riceve. Dunque v' ha eguaglianza in quest' ipotesi tra la merce, ed il prezzo nè si può accagionare d' esorbitanza, e d' ingiustizia il contratto.

§. XXIV.

Spiegati i requisiti del consenso, della merce, e del prezzo, la coesistenza delle quali tre determinazioni costituisce l' essenza della compera, e vendita, passiamo ad esaminarne gli effetti, nei quali la di lei natura consiste. Ogni contratto o si fa assolutamente, e senza inserirvi patto, e condizione di sorte alcuna, o si fa limitatamente, apponendovi patti, e restrizioni a talento de' contraenti, quando per altro all' indole, e alla sostanza dell' atto principale non siano apertamente ripugnanti. I patti aggiunti ad un contratto non solo ne modificano la natura, e la forma, ma le conseguenze, e gli effetti di essi si preferiscono, e deggiono osservarsi anteriormente agli effetti medesimi, i quali risultano dall' essenza del contratto independentemente da ogni particolare accordo, e convenzione. Questa dottrina tien luogo di assioma riguardo a qualunque contratto di buona fede, ma spezialmente poi riguardo alle compere, e vendite, onde ebbe a dire Ulpiano (1): „ Essendo elleno un contratto di buo-
„ na fede, nulla più conviene alla buona fede,
„ quanto l' osservanza fedele di ciò, che patteg-
„ giossi fra i contraenti: che se niente fra di
„ loro

(1) *Leg.* 11. §. 1. *D. de act. empt.*

„ loro si concertò, dovranno in tal caso pre-
„ starsi quelle cose soltanto, le quali vengono
„ determinate dall' essenza del contratto mede-
„ simo." Additiamo dunque in primo luogo gli effetti i quali nascono dalla vendita celebrata assolutamente, e riserbiamoci poscia a discorrere di quelli, che proprii sono dei patti, i più frequentemente apposti alla stessa.

§. XXV.

A qual fine s'introdussero, ed anno corso nella società del genere umano i contratti di compera, e vendita? S'introdussero, e si frequentano ad oggetto, che sia trasferito il dominio della merce nel compratore, ed il dominio del prezzo nel venditore, e si soddisfi in questa ai bisogni, e si pareggi il vantaggio d' entrambi. Primo, e principale effetto dunque di questo contratto sarà la necessità morale di dare quinci il prezzo, e quindi la merce, alla quale obbligazione se fia, che l'una, e l'altra parte fedelmente doni l' adempimento dovuto, il contratto rimane pienamente ultimato, e consumato.

Porta per verità il costume, e la prudenza consiglia, che, convenute le parti, senza dilazione facciasi dall'una la consegna del soldo, e facciasi dall'altra la tradizione della merce: il che effettuato, e trasferito il dominio, non rimane più dubbio alcuno circa la custodia, ed il pericolo, e i frutti, o deterioramenti delle cose vendute, e circa gl' interessi, e gli aumenti, o abbassamenti del valore delle monete già date in prezzo delle cose comprate. Il danno tutto, ed il

il vantaggio appartiene per giustizia a chi è il proprietario: ed essendo reso proprietario, in forza del contratto eseguito, il compratore della merce, ed il venditore del prezzo, ragion vuole, che a carico sia del compratore la perdita, e deteriorazione delle merci vendute, e consegnate, e sia a suo vantaggio l'accrescimento, ed il frutto delle medesime, dovendo asserire lo stesso del prezzo numerato riguardo al venditore. Ma, essendo che circostanze si danno, nelle quali si compera bensì, e si vende, e non però si fa, o si può fare immantinente la tradizione o del prezzo, o della merce, ed essendo che in questo intervallo di tempo può, spezialmente la merce e fruttificare, e migliorarsi, e deteriorarsi, e perire affatto eziandio, così ed importa molto, ed è sommamente difficile, attesa la discrepanza delle opinioni de' più dotti Giureconsulti, l'accertatamente sapere, quali siano gli effetti di questo contratto relativamente a questi capi nell'ipotesi, che non siasi fatta l'attuale tradizione o della merce, o del prezzo, di cui convennero entrambe le parti.

§. XXVI.

Se discorrer vogliamo secondo i principii del semplice naturale diritto, trasferendosi il dominio d'una cosa in altri pel solo consenso del legittimo padrone della medesima senz' atto alcuno di tradizione, il quale ne ponga un terzo in possesso, può il dominio della merce passare nel compratore per la sola volontà del venditore senza che v'intervenga l'attuale esborso del prezzo convenu-

venuto: e in quest' ipotesi diventando proprietario il compratore, anche prima della tradizione fattali, ne viene in conseguenza, che come i frutti, e gli accrescimenti, così la perdita eziandio, e i deterioramenti avvenuti alle cose vendute appartengano al compratore (1). Ma la scienza del diritto civile ci stabilisce due principii, l'uno de' quali sembra opposto a questo preso dalla scienza del diritto di natura; e il secondo sembra contraddittorio dell'altro. Nel primo si dice (2), che non già il patto, o il consenso prestato, ma la tradizione si è quella, che acquistare ci fà delle cose il dominio; ed affinchè dubitar non possiamo dell'applicabilità dell'assioma al contratto, di cui si favella, Giustiniano c'insegna, che rimane padrone della merce il venditore, il quale non per anco ne fece la consegna al compratore. Nel secondo espressamente si vuole (3), che, conchiusa una volta coll' accordo del prezzo la vendita, il pericolo della merce venduta immantinente è a danno del compratore, sebbene non ne sia ancora ad esso lui fatta la tradizione. Se il diritto di natura accorda il dominio a chi compera mercè del solo consenso, perchè un tale dominio non si trasferisce, se non col mezzo d'un' antecedente tradizione? E se le leggi pur vogliono, che in questo contratto il dominio col mezzo della tradizione si acquisti, come poi e il peri-

(1) *V. Wolf. J. N. p. 4. cap. 4. Barbeyr. ad Puffend. J. N. lib. 5. c. 5. not. 9.*

(2) *Leg. 31. D. de acq. rer. dom. l. 20. Cod. de pact. §. 3. h. tit.*

(3) *§. 3. h. tit. l. 4. l. 5. Cod. de per. & comm. rei vend.*

pericolo, e il comodo della merce venduta potrà appartenere al compratore, ancorchè non per anco ricevuta l'abbia dal venditore, e non ne sia divenuto legalmente il padrone?

Ingegniamoci di togliere queste difficoltà prima di arrecare le particolari dottrine relative a questo articolo. Egli è vero, che se consideriamo l'uomo in astratto, e non fatto membro d'una società civile, può da esso il dominio delle cose sue trasferirsi in chi più gli piace in forza unicamente del suo consentimento, e che l'atto della tradizione è soltanto necessario per dare ad altri il possesso, ma non già la proprietà (1). Il che tanto è vero, quanto che le stesse leggi civili apertamente ci dicono, non esservi cosa alcuna più conforme al dettame della naturale ragione, quanto il confermare, e ratificare la semplice volontà d'un uomo, il quale acconsente di trasferire in altre persone il dominio del suo (2). Ma essendo vero del pari, che nello stato di civil società, qualunque volta un atto può farsi in più maniere senza violare le leggi della natura, è in diritto la sovrana legislatrice autorità di prescrivere fra le molte quella, che più speditamente, più accertatamente, e più generalmente è acconcia a promovere il maggior bene del corpo politico, ne verrà in conseguenza, che dipendendo per legge di natura dalla volontà de' proprietarj, purchè sia ella sufficientemente dichiarata, il trasferire il dominio, e questa sufficiente dichiarazione ammettendo varj, e differenti modi per farsi,

(1) *Wolf. J. N. p. 3. cap. 1. §. 13. 21.*

(2) *Leg. 9. §. 3. D. de acq. rer. dom. §. 40. de rer. div.*

farsi, possa senza punto opporsi alle leggi di natura determinarsi dalla legge civile un modo particolare, il quale assicuri la società, che nelle compere, e vendite abbia realmente voluto trasferire il venditore il dominio della sua merce nel compratore, e il compratore altresì quello del prezzo nel venditore. Che se per legge di natura ricercasi l'atto visibile della tradizione per trasferire il possesso dopo l'atto di volontà necessario per trasferire il dominio, perchè non potrà poi statuire la legge civile, che non si riconosca per sufficientemente espresso, e manifestato il consenso di traslatare il dominio in questo contratto, quando il consenso accompagnato non sia dal segno sensibile, e non equivoco della tradizione?

Essendo dunque la tradizione un segno della determinata volontà di trasferire pienamente il dominio, diventano per la tradizione padroni e il compratore della merce, e il venditore del prezzo: dal che ne avviene, che di essi loro pur siano i discapiti tutti, e tutti gli avvantaggi delle cose, che porsero materia al contratto. A questa tradizione sono scambievolmente obbligati: ma, se fia mai, che, dato avendo il compratore il prezzo stabilito, il venditore non gli dia la merce, qual assurdo vi è, se le leggi civili a fine di stimolare, e di costringere i contraenti all'esecuzione delle convenzioni, riconoscano i compratori in qualità di padroni, prima eziandio, che la tradizione sia fatta, cosicchè il venditore ritenga appresso di se le merci in qualità di pegno, quando non abbia ricevuto il prezzo, o in qualità di deposito, quando l'abbia ricevuto? e che in conseguenza si accordino gli effetti del do-

mi-

minio in virtù d' una finta tradizione a chi meritano d'essere accordati? Non si violano punto in questa guisa i diritti della natura: si accomodano piuttosto al maggior bene della società; e il danno, e l'utile delle cose vendute applicato indistintamente al compratore viene a servire di possente motivo ai contraenti, onde senza dilazione di tempo diasi quinci il prezzo, e quindi la merce, come e la natura del contratto il ricerca, e la ragione lo esige.

§. XXVII.

Accordate così le leggi civili colle naturali, passiamo a vederne le disposizioni relative alla materia proposta. Elleno sono differenti, secondo che differenti sono le maniere, colle quali si può contrattare, e i soggetti, che possono e vendersi, e comperarsi. Sopra di che parlare dovendo, assumeremo due principj di dottrina, che ci serviranno di fondamento: l'uno de' quali si è, che nel contratto presente, perfetto che sia coll' accordo reciproco della merce, e del prezzo, i cangiamenti avvenuti nella cosa venduta sono a conto del compratore, quantunque non ne sia stata fatta la tradizione attuale: e l'altro si è (1), che allora dirassi perfetto il contratto, quando e puramente senza condizione convennesi, e si determinò la quantità del prezzo, e si sa, quale, e quanta sia la cosa, che si compra, e si vende.

Possono vendersi generi di cose, le qualità delle quali non sono in istato d'essere conosciute dal

(1) *Leg. 8. D. de per. & comm. rei vend.*

dal compratore, se prima non sono da esso lui o vedute, o esaminate, o assaggiate, e gustate; come avverrebbe nel caso, che si vendesse del vino, o comprar si volessero pitture, e scolture. Come ciò, che ordinariamente determina la volontà all'acquisto di tali generi è la forza, o il sapore de' liquori, la simmetria, il disegno, il colorito, l'espressione delle figure scolte, o dipinte, qualità, che rilevar non si possono senza gustare i primi, e dare un' occhiata almeno alle seconde; così, qualunque volta si forma contratto di simili generi, lo si forma sotto condizione di prima assaggiarli, e di prima vederli. Ora un contratto sotto condizione non produce effetto alcuno, quando ella anteriormente purificata non sia. Dunque il dominio di così fatti generi non passerà nel compratore, se non dopo, che ne avrà fatto il saggio, e l' ispezione; ed in conseguenza e il pericolo, ed il vantaggio apparterrà al venditore, il quale continua ad esserne e il possessore, e il proprietario. Il linguaggio è questo della ragione, e ad esso è conforme la definizione delle leggi. „ L'assaggiare le cose, dice „ Paullo (1), serve, affinchè lecito ci sia il ri- „ gettarle, se non ci piacciono: e sarebbe un „ raro caso, e straordinario, (soggiunge Ulpiano), „ che volesse uno comperare senza assaggiamen- „ to: laonde, qualora non siasi stabilito giorno „ prefisso, potrà il compratore assaggiare il vi- „ no, quando gli venga a talento: e sino a que- „ sto saggio, se fia, che s'inacidisca, o che si „ muffisca, riesce a danno del venditore. "

 Pos-

(1) *Leg.* 4. §. 5. *D. de contr. empt. l.* 4. §. 2. *D. de per. & comm. rei vend.*

Possono vendersi, e comperarsi generi diversi, a peso però, o a numero, o a misura, *ad mensuram*, diceano i Latini; lo che si fa, ogni qual volta determinasi una certa quantità, che si vuole comperare, o un certo numero, e a ragguaglio d'una quota parte, o d'ogni individuo, si stabilisce di pagare una quantità determinata di soldo. A cagione d'esempio, se, gettato l'occhio sopra una pezza di panno, io dicessi di comprarne venti braccia al prezzo di lire venti per braccio; se dicessi di comperare quattro bigoncie di vino a certo prezzo per cadauna, o dieci pecore d'una tale greggia: questa sarebbe una vendita fatta a numero, ed a misura. Codesto numero separato dalla greggia, codesta misura presa del panno mercanteggiato, e del vino mi pone in istato di vedere, e di distinguere quale e quanta sia quella merce, che intendo di acquistarmi; e questa previa distinta conoscenza ha luogo di condizione, senza di cui non mercherei. Ma per lo secondo assioma proposto perfetto non è il contratto, allorchè non si ha distinta idea di che qualità, e quantità sia la merce da comperarsi; nè il dominio passa nel compratore, quando non sia il contratto perfetto. Dunque si ha per padrone il venditore prima della numerazione, o della misura presa, o del peso determinato delle spezie da comperarsi, e in conseguenza a lui s'aspetta e il pericolo, e l'aumento della materia del contratto. „ La misura, dicon le leggi (1), non „ serve già, perchè si venda o più, o meno: „ ella serve perchè apparisca, quanto si com„ pra.

(1) *Leg.* 4. §. 5. *l.* 34. §. 5. *D.* *de contr. empt.*

„ pra. Sabino, e Cassio sono di parere, che al-
„ lora soltanto sia ridotta alla sua perfezione la
„ vendita, quando sono numerate, pesate, o mi-
„ surate le cose, perchè si suppone fatta a con-
„ dizione, che il prezzo si stabilisca ad ogni an-
„ fora di vino, ad ogni stajo di frumento, il
„ quale di mano in mano vien misurato, o ad
„ ogni libbra, la quale viene pesata, o ad ogni
„ corpo, il quale viene numerato."

Possono comperarsi cose alle volte senza limitare, e ristringere il prezzo a certa quantità delle medesime, e proporzionarlo ad essa mercè della misura, del peso, e nel numero: come se dicessi io di comperare per determinata somma di soldo il frumento, che ammonticchiato veggo sull'aja, o tutto il vino, che trovasi in una cantina. Questo lo diceano *Emere per aversionem* i Latini; lo dicono *Acheter en gros, & en bloc* i Francesi; lo diciamo *Comprare in massa, o in monte* noi altri Italiani. Ora qualunque volta si compra, o si vende in questo modo, il soggetto del contratto è sempre mai certo, e visibile: è tutto il frumento, è tutto il vino, che si trova in quel sito, sono le merci tutte, che ritrovansi in quella bottega, o in quel fondaco. Può ben darsi, che s'inganni il compratore, stimandole maggiori in quantità, ed in valore; che s'inganni il venditore, supponendole minori di quello, che sono in realtà: ma essendo eguale il rischio da entrambe le parti, e a questo rischio esponendosi entrambe le parti volontariamente, e con un atto del loro consenso, il dominio delle cose, accordato il prezzo che sia, passa direttamente nel compratore, in quella guisa, che pas-

sa in esso lui il dominio di tutto l' uccellame, e di tutto il pesce, quando si compera all' azzardo un tratto di reti. Onde ebbe a dire Cajo (1), che ogni qual volta si vende per una somma pattuita tutto in pieno il vino, o l' olio, o la biada, o l' argento, qualunque esser ne possa la quantità, ne risultano quegli effetti medesimi, i quali nascono dalla vendita già perfetta d' altre spezie particolari.

Ora, quando si vende qualche cosa individualmente, e particolarmente, come sarebbe una casa, un cavallo, un pezzo d' argenteria, può darsi, che il venditore confidandosi sulla parola del compratore gli dia in mano la merce, lo che diceano i Latini *Fidem emptoris sequi*. Qualunque volta ciò addiviene, egli è evidente, che tenendosi sicuro di avere il prezzo, lo considera, come già da se ricevuto in pagamento: e in conseguenza intende colla tradizione, che fa delle cose non solo di trasferirne il possesso, ma di più il pieno dominio, dal che necessariamente ne avviene, che a carico sia, ed a vantaggio del compratore ogni aumento, ed ogni perdita, la quale sorvenisse alla spezie venduta (2). Può darsi altresì, che convenuto siasi tral le parti contraenti della spezie, e del prezzo, senza che o questo sia stato attualmente numerato, senza che sulla parola del compratore siasi data la merce: e in questo caso, essendo già reso perfetto col reciproco consentimento il contratto, il pericolo, a cui può soggiacere la merce, è tutto a danno del com-

(1) *Leg.* 35. §. 5. *D. de contr. empt.*

(2) §. 41. *de rer. div. l.* 19. *D. de contr. empt.*

compratore, ed è tutto del pari ad utile suo il miglioramento della medesima. Perfetta che sia la compra, apparterrà il pericolo al compratore, dice Paullo (1); ed Alessandro rescrisse, che il vantaggio tutto, ed il disavvantaggio avvenuto alle cose vendute, dacchè fu perfetto il contratto, al compratore totalmente si aspetta.

§. XXVIII.

Questa disposizione del diritto civile, che accorda ai compratori gli effetti del dominio sopra le cose vendute prima ancora, che ne sia fatta la tradizione, è feracissima di conseguenze. Se una casa comperata da un qualche accidente fatale viene a perire, se un tremuoto violento la dirocca, o l'ingoja, se un fulmine caduto dal cielo, o un fuoco casualmente, e senza colpa d' alcuno appicciato la incenerisce, e consuma: se un vaso d'argento, o una gemma venduta, e non per anco data in mano del compratore, è con aperta violenza irresistibile al venditore da' masnadieri rapita: se un animale qualunque, o uno schiavo venduto morisse pria d'essere al compratore consegnato, e senza che la morte avvenuta fosse dipendente da un qualche organico difetto, il quale manifestarsi dovesse (2): la perdita della merce è a danno del compratore, come di quello, il quale n'è considerato il padrone, e il venditore non è punto tenuto ad indennizzarlo, o a resti-

(1) *Leg.* 8. *D. de per. & com. rei ven. l.* 1. *Cod. eod.*

(2) *Leg.* 4. *l.* 6. *Cod. de per. & com. rei vend. l.* 31. *D. de act. empt.*

restituirli il prezzo ricevuto, nè perde punto il diritto di costringerlo al pagamento del prezzo pattuito, se non lo ha anteriormente ricevuto, bastando solo, che nel caso dello smarrimento della cosa venduta per superchieria, e violenza usata, siano ai compratori cedute le azioni competenti al venditore contro degl' ingiusti rapitori, che lo spogliarono.

Ma, se la giustizia ricerca, che a danno sia del compratore la perdita della merce accaduta per fatale disavventura anteriormente alla tradizione della medesima; non sarà giusto del pari, che ad esso pure unicamente appartengano gli accrescimenti, e le utilità tutte delle cose vendute, quantunque ad esso non siano state effettivamente consegnate, e cedute? Un' alluvione benefica aumenta l' estensione d' un fondo da me comprato in quel tempo, ch' è ancora in mano del venditore: s' ingravida una giumenta, e mette alla luce de' puledri, innanzi che data me l' abbia il venditore. Divengono queste appartenenze, e frutti d' una cosa già mia, e perciò sono anch' essi miei, e offenderebbe indebitamente i miei diritti il venditore, se me ne volesse porre in dubbio, o contrastare il dominio (1).

§. XXIX.

Se il motivo del pubblico bene, sul quale influisce di molto la spedita, ed accelerata ultimazione de' contratti, indusse la legislatrice prudenza ad attribuire ai compratori il danno risultante dalla

(1) §. 3. *h. tit. l. 7. D. de per. & com. rei vend.*

dalla perdita casuale, ed il vantaggio derivante dalli miglioramenti sorvenuti alle spezie vendute anteriormente alla tradizione delle medesime: sonovi però circostanze, nelle quali l'equità, e la giustizia richiedono, che e il pericolo, e il comodo delle cose vendute non si appartenga ai compratori, ma ai venditori. In fatti, se perisse l'effetto venduto o per frode, o per trascuratezza colpevole di chi la vendette, e che ancora appresso di se la ritiene, non dovrebbe essergli imputabile per ogni ragione una perdita, della quale ei ne prestò volontariamente la causa? E, se accagionarlo anche non si potesse d'inganno, e di frode, nè di trascuraggine eccedente, e straordinaria in un capo di famiglia, ma si fosse spontaneamente offerto di custodire sino al momento della tradizione la merce venduta, potrebbe egli forse schermirsi dall'obbligazione di soggiacere al danno, ed alla compensazione d'una perdita o cagionata da un avvenimento puramente fortuito, del quale però prese sopra di se le conseguenze per patto espresso, ovvero occasionata dalla mancanza d'un'attenzione promessa per guardare le cose altrui assai più esatta, e scrupolosa di quella, che è solito porre in uso per guardare le proprie (1)? Nò, dice Paullo: „ Un venditore, „ che offresi di custodire il venduto, è in dove- „ re di prestare tutta quella diligenza, a cui so- „ no i comodatarj tenuti, vale a dire una dili- „ genza più grande ancora di quella, che im- „ piegherebbe per custodire le sue sostanze me- „ desime ". E, se finalmente il venditore, o

 dopo,

(1) *Leg.* 3. *D. de per. & comm. rei vend.* §. 3. *h. tit.*

dopo, o prima ancora d' aver ricevuto effettivamente il prezzo, fosse in mora, e indebitamente procrastinasse di fare la tradizione della merce pattuita col lasciare scorrere il tempo prefisso ad eseguirla, ovvero col non darla, sebbene sollecitato, e giuridicamente interpellato dal compratore, e in questo intervallo venisse a deteriorarsi, o a perire per qualche fortuito accidente fatale la spezie venduta: potrebbe egli forse pretendere, che un tale suo indugio non lo assoggettasse alla compensazione di qualunque danno, che risentire quinci potesse l' altro contraente? Ma a ciascheduno diventa nocevole la dilazione, ch' ei frappone all' adempimento del suo dovere (1), dice Pomponio, e siccome è nocevole al venditore procrastinante la tradizione, obbligandolo alla risponsabilità di qualunque avvenimento casuale, così del pari è nocevole al compratore l' indugio del pagamento richiestoli, il quale esenta il venditore dal dovere di custodire la merce che offre di dare, fatto che gli sia lo sborso del prezzo accordato: onde altrove lo stesso giureconsulto soggiunge, che se il compratore il primo fosse a mettere remora all' effettuazione del contratto, il venditore è tenuto soltanto per frode positivamente commessa, e non già per ommissione di diligenza: ma che se, dopo d' essere stato l' indugiatore chi compra, il ritardo venisse dal venditore, che avrebbe e potuto, e dovuto colla pronta tradizione da ogni impiccio sbrigarsi; l' equità vuole, che questa posteriore dilazione noce-

(1) *Leg.* 173. §. 2. *D. de R. J. l.* 17. *D. de per. & com. rei vend.*

nocevole sia per gli effetti accennati dianzi al venditore.

§. XXX.

Questi effetti, ed altri eziandio, che ci verrà in acconcio di additare in appresso, e che possono da chiunque agevolmente scoprirsi, sono determinati dalla semplice, e sola natura di questo contratto, non vestito, nè corredato da patto veruno di que' molti, e quasi innumerabili, che vi può aggiungere l'arbitrio de' contraenti, e che apposti, ed inseriti in esso ne modificano, e ne variano l'indole, e divengono la sufficiente ragione di altre conseguenze, e di effetti diversi da quelli, che avrebbe da per se stessa la convenzione prodotti, se nuova forma, ed aspetto non le avessero dato questi forastieri alla sua natura, non però ripugnanti, nè incongruenti alla sua essenza, patti, ed accordi. Ora, sebbene possano essere innumerabili, come innumerabili esser possono le condizioni, restrizioni, e modificazioni, colle quali può il libero arbitrio degli uomini dare l'esistenza agli atti obbligatorj, che formano fra di se stessi; come però i più frequenti, e i più importanti, i quali apporre si sogliano ai contratti di compera, e vendita, sono quattro; cioè il patto detto da' Latini *Commissorium*, o *Lex commissoria*; il patto detto *Addictionis in diem*; il patto di retrovendizione, e il patto di prelazione, o di protimezi, come lo chiamavano con vocabolo Greco: dei quali gioverà dare una particolare, e distinta, quantunque breve, e compendiaria nozione.

§. XXXI.

§. XXXI.

Appresso gli scrittori Latini quegli de' due contraenti, il quale apponeva alle compere, e vendite una qualche clausula, restrizione, o condizione, in virtù di cui veniva a svanire, e ad annullarsi il già perfetto, ed esistente contratto; questi dicevasi *Committere in venditionem*. Ora, siccome per le cose anzidette ha la sua esistenza, e perfezione il contratto di compera, e vendita, tosto che acconsentirono le parti in una determinata merce, ed in un prezzo determinato, sebbene nè questa sia stata consegnata, o quello sia per anche stato sborsato: così, se avvenga mai, che convenga per patto espresso fra i contraenti, che la merce non s' abbia ad avere per comperata, al caso, che dentro un tempo prefisso non sia effettivamente numerato il soldo al venditore; questo patto tende di sua natura al discioglimento, ed invalidazione della vendita fatta, e però dicesi Patto Commissorio, e Commissoria la Vendizione, alla quale fu apposto. La pratica riconosce tai patti, i quali nulla contengono di ripugnante all' essenza del contratto, l' ultimazione, e consumazione di cui vuolsi dipendente da una condizione; e perciò sono autorizzati dalle leggi: onde Ulpiano, interpretando l' Editto Pretorio ebbe a dire (1), Doversi avère per venduto sotto legge commissoria un fondo, quando fu patteggiato, che sia per riputarsi come non comperato, quando dentro un termine stabilito di tempo non si faccia il contamento del prezzo.

Tale

(1) *Leg.* 1. *l.* 4. *D. de leg. commiss.*

Tale essendo la nozione, che formarci dobbiamo del patto commissorio, cioè, che abbiasi ad avere per non compra la merce, se il prezzo non venga a un certo tempo pagato; ben si vede, che la condizione, o il patto aggiunto è risolutivo dell'atto principale, il quale continua ad esser valido, ed efficace nella supposizione, che al tempo pattuito il prezzo si dia: dottrina espressamente asserita nelle leggi, ove leggiamo (1): „ Se sarà venduto un fondo sotto con„ dizione commissoria, dovrassi intendere appo„ sta tal condizione più per discioglere la compera „ già esistente di quello, che per darle esi„ stenza. "

Dunque v'era contratto anteriormente alla purificazione d'un avvenimento, dal quale si fece dipendere o la sua perpetuità, o il suo discioglimento. Se v'era il contratto, dunque era trasferito il dominio della merce nel compratore; e se n'era trasferito il dominio, dunque i frutti, che interinalmente fossero dalla spezie venduta prodotti, e percetti, di ragione appartengono al compratore: se non che nell'ipotesi, in cui egli operasse contro il patto, e non soddisfacesse al suo impegno nel tempo convenuto, al venditore compete azione contro di esso e per domandare la restituzione de' frutti e il risarcimento d'ogni danno, e deteriorazione avvenuta alla cosa ad esso lui consegnata dal venditore. Ecco le parole delle leggi (2). „ Seguí„ ta la vendita d'un fondo a condizione, che

„ non

(1) *Leg.* 1. *D. de leg. com. l.* 2. §. 3. *D. pro empt.*

(2) *Leg.* 5. *l.* 4. §. 1. *D. de leg. commis.*

„ non si abbia per comprato, quando dentro un
„ certo tempo non siasi sborsato il prezzo; ri-
„ guardo ai frutti intanto dal compratore per-
„ cetti dobbiamo tenere, ch' ei se gli abbia per-
„ cetti con giusto titolo: ma, se ritornasse il fon-
„ do al venditore, attesa l' inesecuzione del patto,
„ è sentimento d'Aristone, che al venditore deb
„ basi accordare azione per ridomandarli contro del
„ compratore, non permettendo l'equità, che ri-
„ manga il menomo vantaggio appresso di colui,
„ che mancò di buona fede nell'eseguire il con-
„ tratto."

Dalla premessa definizione del patto commissorio si conosce altresì, che questo è un patto apposto in grazia, e per cauzione del venditore, perchè altrimenti sarebbe in arbitrio del compratore il far perdere al venditore e la merce, e il prezzo, come avverrebbe, se il fuoco divorasse una casa venduta. Il compratore, riguardo ad essa, ne diviene il padrone; e in conseguenza sopra di lui dee ricadere il danno della perdita accidentale della medesima. Ora se il patto commissorio intendersi dovesse aggiunto in suo benefizio, egli potrebbe non isborsare il prezzo della medesima, consunta, e divampata prima del tempo prefisso al pagamento: e in conseguenza rimarrebbe il venditore e senza il soldo, e senza la roba; il che essendo troppo gravoso, ed ingiusto, restò definito (1), Che in qualunque vendita commissoria deggiansi intendere le parole, abbiasi per non compra la merce, quando il venditore per non compra la voglia, perchè questa restrizione è sempre

(1) *Leg. 2. D. de leg. commiss.*

pre a benefizio di chi vende. Che se ella interpretare si debbe a benefizio di chi vende, dunque, scaduto il tempo, in cui soddisfarsi doveva al pagamento, sarà in arbitrio del venditore o farsi restituire la merce, ed annullare il contratto, o pure insistere, perchè il contratto si osservi, e lo stabilito prezzo si esborsi. Come però diverrebbe gravoso di troppo al compratore, se abusando il venditore di questo diritto, che gli concedon le leggi, ora volesse l' annullazione, ed ora l' effettuazione del conchiuso contratto, elegantemente scrisse nel libro terzo delle giuridiche sue risposte Papiniano (1), Che, commessa appena la legge, è costretto il venditore a determinarsi, se vuole più tosto agire in conformità del patto commissorio, ovvero chiedere il prezzo, ma che non gli è lecito più il variare, posto che abbia scelto una volta l' azione commissoria. E in conseguenza, risultando dal fatto, che un venditore, il quale nel caso d' un contratto sotto clausula commissoria domanda le usure del prezzo non esborsato nel tempo pattuito, ha in idea di obbligare il compratore all' effettuazione della vendita dianzi conchiusa; l' Imperadore Alessandro ragionevolmente ordinò, che la domanda giudiziaria degl' interessi dovuti pel ritardo del pagamento del prezzo, tolga al venditore la facoltà di poter più proporre azione commissoria per annullare la vendita.

§. XXXII.

(1) *Leg.* 4. §. 1. *D. de leg. comm. l.* 4. *Cod. de pact. int. empt.*

§. XXXII.

Qualunque volta vendevasi all' incanto, colui, che presiedeva alle vendite, e che era detto *Magister auctionis*, poneva in possesso di questo, o di altro capo di roba quella persona, la quale avesse offerto per acquistarsela un certo prezzo, quando però non gliene venisse esibito da altra persona un maggiore, nel qual caso diveniva e proprietario, e possessore di essa il secondo offerente. Codesta traslazione di dominio, e di possesso fatta dal sopraintendente all' incanto dicevasi *Addictio:* e un simile trasporto del dominio d' una cosa dalla persona d' uno, a cui fu da prima venduta, in altra persona, offerente una condizione più vantaggiosa al venditore, cominciossi ad accostumare anche nelle vendite ordinarie, e private mercè d' un patto particolare inserito nella convenzione, ed avvalorato dal reciproco consenso delle parti, il qual patto nelle Scuole di Giurisprudenza suole appellarsi patto *Addictionis in diem*. Esso consiste in un accordo di differire il contratto di compera, e vendita sino ad un certo tempo, o di disciorlo questo contratto dopo d' un certo tempo, se venga offerto al venditore un più avvantaggiato partito. Dalla quale definizione facilmente raccogliesi, poter questo patto apporsi in due differenti maniere, e per due oggetti diversi: o, come semplice condizione sospensiva del contratto, se dentro un determinato periodo di tempo il venditore non trovi partito migliore; o, come condizione resolutiva del contratto, se avvenga, ch' ei ritrovi dentro certo tem-

tempo un più lucroso partito. Codesta definizione corrisponde ella all'idea, che ci porgono di questo stesso patto le leggi? Vi corrisponde senza esitanza, e perciò disse Paullo (1): „ Il „ patto *Addictionis in diem* si forma così; quel „ fondo s'intenda da te comperato pel prezzo di „ cento zecchini, se dentro le calende del prossimo venturo Gennaro non mi esibisca un al- „ tro migliore partito, mercè del quale ne debba in esso passare il dominio ". Ammettono le leggi la doppia indicata maniera, con cui questo patto può farsi? L'ammettono espressamente, e però Ulpiano soggiunge (2): „ Fa di mestieri „ riflettere al come si è patteggiato: perchè, se „ patteggiossi, che, all'esibizione d'un partito „ migliore, dipartir si possa dal contratto, s'avrà „ fatta una compera puramente, ma resolubile, „ verificata che sia la condizione: ma, se pat- „ teggiossi, che abbia luogo la compera, purchè „ offerto non venga partito alcuno migliore, ella „ sarà condizionale ". Ora giova molto il sapere, se il patto sia aggiunto in maniera sospensiva, o resolutiva del contratto, atteso che ben differenti sono le conseguenze, che nascono dal supporre, essersi patteggiato o nel primo modo, o nell'altro.

§. XXXIII.

(1) *Leg.* 1. *D. de indi. addict.*
(2) *Leg.* 2. *D. eod. l.* 3. *D. de contr. empt.*

§. XXXIII.

Immaginiamo, che fatto siasi l' accordo sospensivamente. Sarà dunque vero, che non fu stipulata, nè ridotta a perfezione la vendita, ma differita, e prorogata sino ad un certo tempo. Dunque non trasferendosi il dominio, se non mercè d' una vendita perfetta, e formata, rimarrà il dominio della merce appresso del venditore, quantunque ella fosse data anticipatamente in mano del presuntivo compratore. Non avendo dunque il compratore titolo alcuno di dominio sopra una cosa vendutali a questo patto, egli col ritenerla per lungo tratto di tempo non potrà pretendere d' acquistarsela per usucapione, non potrà costituirla in pegno a sicurezza d' un debito suo, non potrà prevalersi dei frutti della medesima, e per la stessa ragione tutto il pericolo d' essa apparterrà unicamente al venditore, come a colui, nella persona del quale ne continua il dominio, nè passa nel compratore, se non è prima con esso lui conchiuso, e perfetto il contratto: lo che succede allora soltanto, che viene a spirare il tempo prefisso, senza che siasi offerta al venditore condizione più vantaggiosa.

Ma, se la venditä è puramente fatta, e il patto unicamente si appose per disciorla al caso ch' esibito venga un più lucroso partito, il dominio della cosa mercata passa immantinente nel compratore: passando in esso lui il dominio, ne siegue ciò, che avvertirono acconciamente gli antichi Giureconsulti (1), vale a dire, che siccome

(1) *Leg.* 2. §. 1. *l.* 4. §. 3. *l.* 14. §. 4. *D. de ind. addict.*

me al compratore, già reso padrone, appartengonsi i frutti, e gli accrescimenti tutti della spezie vendutagli, così del pari a suo discapito, e danno sono i deterioramenti, e la perdita accidentale della medesima: che in qualità di padrone può darla in pegno, il quale è durevole sino a tanto, che si verifichi il caso del discioglimento del contratto.

Questo caso allora succede, quando, durante il termine convenuto, altro compratore si trova, offerente partito migliore del proposto dal primo. Tosto, che ciò addiviene, disciolto il contratto, compete azione al venditore per domandare la restituzione *della* cosa *venduta in* un co' frutti esistenti, e le appartenenze tutte della medesima: essendo che, cessando d'aver più consistenza il contratto in *forza* del patto aggiuntovi, per qual titolo di ragione vorrebbe più ritenersi o questa, o quelle il compratore primiero a mal grado del venditore, che ne ritornò ad essere il proprietario legittimo? Che se, prima che il tempo convenuto giungesse, prevalendosi il compratore del diritto, che davagli il già perfetto contratto, avesse dato ad altri l'attuale possesso della cosa vendutali, dobbiamo in tale emergenza disaminare la formula delle parole, colle quali il patto fu concepito, ed espresso. Imperciocchè o indicano esse dovervi intervenire nello scioglimento della vendita un qualche fatto, ed operazione dal canto del compratore, come se fosse detto, venendo offerto un più avvantaggioso partito, mi sia restituita, siami ritornata la cosa venduta: ovvero nulla si stipulò, che indicar possa azione veruna dalla di lui parte, come

se assolutamente detto si fosse, abbiasi per non comperato, s'intenda per disciolta la convenzione. Ora nel primo caso non compete azione al venditore contro la persona d'un terzo possessore, nè vendicazione per riavere da questo la spezie venduta: ma bensì un'azione personale contro del primiero compratore per costringerlo a restituire, e riconsegnare la merce a tenore del patto interposto, mentre nell'altro caso, ritornando immediatamente, e direttamente il dominio nel venditore subito che trovò condizione migliore, ei può rivendicare, come sua, la spezie venduta, in mano di chiunque ei la rinvenga. Dottrina ella è questa ricavata da Ulpiano, ove dice (1): ,, Se uno comperasse mai a questo ,, patto, che, se un altro esibisse un più lucroso partito, receda il compratore dal contratto, ,, non si potrà far uso dell'azione reale, anche ,, dopo fatta l'esibizione."

In qualunque modo però aggiungasi questo patto alle compere, e vendite, egli è certo, che la sussistenza, o la dissoluzione delle medesime dipende dal verificarsi, essere stato offerto al venditore un più accetto, e vantaggioso partito entro dello spazio convenuto di tempo. In fatti, fu questo realmente esibito? Svanisce la vendita primiera, come se non fosse stata effettuata giammai. Non fu esso realmente esibito? Acquista il suo pieno, ed irrevocabile vigore la vendita primiera, come quella, la quale o annullarsi doveva, o doveva non farsi al caso soltanto d'una condizione, che non

(1) *Leg.* 41. *D. de R.V. V. Heinec. in Pan. l.* 18. *tit.* 2. §. 271.

non avverossi nel tempo prescritto. Quando dunque dovremo asserire, essere stato proposto al venditore un qualche migliore partito? Udiamo le leggi. Sappiate, dice Pomponio (1), che partito migliore allora si dà, ogni qual volta è il venditore per risentirne vantaggio più grande. Ma non sarebbe per lui più grande il vantaggio, se il secondo compratore esibisse un prezzo più alto? Non lo sarebbe, se, quand' anche non si accrescesse il prezzo, fosse o più sicuro, o men ritardato il pagamento? Se il compratore novello avesse modi più larghi per supplire al suo dovere, o non esigesse condizioni, e patti tanto gravosi pel venditore, o non ricercasse sicurtà, e mallevadoria di sorta per la consegna da farseli della merce, la quale si differisse a certo tempo? Tutte, e cadauna di tali circostanze sono più che sufficienti a provare, aversi dal venditore per le mani un migliore partito, e in conseguenza, essergli lecito il trasferire il dominio della sua merce in altra persona, che gli fa simile offerta più vantaggiosa (2).

Ma, comecchè la ragione di questa licenza è dipendente tutta da que' vantaggi, che proccaciò a se stesso il venditore col discapito del compratore, essendo permesso a ciascheduno il rinunziare a quegli emolumenti, ai quali può giustamente pretendere: si deduce quindi primieramente ciò, che Ulpiano osservò (3), Potere per diritto il venditore, non accettare partito alcuno, il quale offer-

(1) *Leg.* 5. *l.* 4. §. 6. *D. de ind. addict.*
(2) *Leg.* 7. *D. eod.*
(3) *Leg.* 9. *D. eod. tit.*

offerto gli sia, e starsi a quello esibitogli dal compratore primiero, nel qual caso, riputandolo egli per migliore, viene o a formare con esso lui, o a confermare il contratto. S'inferisce in secondo luogo, che, se esibito fosse da chicchesia aumento di prezzo, o altre più vantaggiose condizioni, e il primiero compratore acconsentisse di soggiacere egli pure a questi medesimi patti, ragion vuole, che debba egli essere preferito ad ogni altro: e però Paullo ci avverte (1), Essere il venditore in preciso dovere, all'offerta fattali d'un migliore partito, di notificarlo al compratore primiero, onde possa anch'egli, se vuole, determinarsi a dare quel di più, ch'altri darebbero.

§. XXXIV.

Un terzo patto, che aggiungersi suole di frequente ai contratti di compera, è quello di Retrovendizione. Intendiamo per questo nome una convenzione, nella quale si dà in vendita una qualche cosa, a condizione però, che debba ella essere rivenduta a prezzo giusto, e corrispondente al di lei valore a colui, che da prima ne fu il venditore. Dalla quale nozione ben facilmente raccogliesi, che codesto patto di retrovendizione alle volte può aggiungersi a favore di chi vende soltanto, alle volte soltanto di chi ricompra, ed alle volte d'ambidue egualmente: e che può determinarsi un periodo certo di tempo, dopo di cui deggiasi rivendere, come dopo un lu-

(1) *Leg.* 8. *D. de ind. addict.*

lustro, o un decennio; e che può dedursi in patto l'obbligazione di retrovendere senza determinare tempo veruno, ma lasciandolo in balia del proprietario, e al caso solamente, che talento, o bisogno gli sorvenga di alienare la spezie, che comprò.

Sembra, che dubitar non si possa della convenienza, e giustizia di simili patti. Qual torto, ed ingiustizia fa il venditore, se in me trasferisce per certo prezzo il dominio d'una cosa sua a condizione però, ch'ei me la rivenda? e qual ingiustizia commette il compratore, se facendone collo sborso de' suoi danari l'acquisto, s' esprime di farlo a condizione, che debba ricompperarla chi gliela vendette. Non era forse in potere e di questo, e di quello il non accettarla codesta condizione? Ma, accettata una volta, per qual titolo non dovrassi osservarla, quando e la ricompera, e la retrovendizione si faccia, serbata sempre la proporzione, ed egualianza tra il prezzo, e la merce, e senza soperchieria, e violenza di sorta? E in fatti, se il patto di retrovendizione, considerato in se stesso, e generalmente, contenesse lesione degli altrui diritti, e traviasse dalle regole d'un'esatta giustizia, potrebbe esso mai venire approvato dalle pubbliche leggi? Esse lo approvano, esse accordano azione civile, e ricorso ai tribunali per domandarne l'adempimento. Trattavasi d'un fondo, venduto dai genitori col patto di ricompera, e che riacquistarsi voleva il figliuolo. Incontrando ricredenza, ed opposizione nel compratore, determinato a non rivenderlo, implorò giustizia da Cesare, ed ecco sopra di quest'affare la senten-

za di Cesare (1). „ Se i tuoi genitori vendettero
„ il fondo col patto, Che, se eglino, o i loro
„ eredi in qualunque tempo, o dentro un'epoca
„ determinata di tempo, ne offerissero il prezzo,
„ fosse ad essi restituito, e se trovandoti ora pron-
„ to, e disposto a soddisfare coll'esborso del prez-
„ zo, il compratore, o il di lui erede ricrede
„ di accettarlo: affinchè mantengasi la fede del
„ contratto, ti verrà concessa giuridica azione per
„ isforzarnelo."

Opporrassi forse alle decisioni del diritto civile la costituzione de' Canoni, ed al Rescritto d'Alessandro a Carisio la Decretale d'Innocenzo III ad un Vescovo d'Inghilterra? Io risponderò: Che i Pontifizj Decreti non proscrivono già, e non condannano le ricompere, e le retrovendizioni indefinitamente, ed in genere; ma divietano, e condannano quelle soltanto, le quali o contengono un'ingiustizia lesiva del prossimo, o nascondono sotto il velo d'un contratto lecito in se medesimo un'usura eccedente, e abbominevole: quelle condannano, nelle quali uno costretto dalla necessità a prendere soldo in prestito, è poi obbligato dal creditore a cederli a titolo di vendita fondi stabili, e fruttiferi a prezzo non corrispondente al loro giusto valore: quelle condannano, nelle quali si patteggia, che le cose vendute rimaner deggiano in mano del compratore per lungo tempo ad esso lui avvantaggioso, e si limita un tempo ristretto, dentro del quale possano ricuperarsi dal venditore primiero, sempre mai con suo discapi-

(1) *Leg.* 2. *Cod. de pact. int. empt. l.* 12. *D. de præscr. verb.*

capito, e danno: quelle condannano, nelle quali un avido mutuante dopo d' avere prestato danari ad un bisognoso, con fittizio sproporzionevole prezzo fa mostra di comperare dal medesimo fondi di terra, ma realmente per averli in pegno del credito suo, e per lucrarne i frutti, durante il corso di più, e più anni consecutivi senza imputarli a difalco del debito con usuraria riprovata anticresi, col rivenderli poscia al mutuatario, e riavere da esso l' intera somma prestatagli: quelle in una parola condannano, nelle quali sotto varii sutterfugi, e raggiri di nasconder si tenta la baratteria, la frode, e l' ingordigia d' un illecito usurario guadagno, della verità del qual fatto basta la semplice lettura del rescritto d' Innocenzo, quale è rapportato nel Corpo delle Leggi Canoniche (1), affinchè ciascheduno ne rimanga e persuaso, e convinto.

Che se queste sono unicamente le retrovendizioni disapprovàte, e proibite, le altre dunque, che d' usuraria pece non sono macchiate, lecite saranno, e permesse. E, se sono permesse, produranno dunque quegli effetti, i quali analoghi sono a quel fine, per cui sogliono farsi. Intanto si vende una cosa col patto di retrovenderla, in quanto che il proprietario astretto ad alienarla per qualche urgente necessità, rimane col desiderio, e coll' intenzione di riacquistarla. Il compratore dunque al tempo prefisso è tenuto a rivendergliela, ed essendo in forza del patto a questo precisamente tenuto, non soddisfa al suo dovere coll' offerire qualunque altro equivalente invece della ri-

(1) *Lib. 3. Decret. tit. 17. cap. 5. de empt. vend.*

rivendita della cosa da se comperata. Come però in conseguenza di questa sua compera egli acquistato si aveva il pieno, e vero dominio della merce, così egli fa suoi tutti i frutti interinalmente raccolti da essa senza obbligazione veruna di restituirli al ricompratore, allorchè viene il momento della retrovendizione, alla restituzione dei quali è obbligato il compratore, ove intervenne il patto commissorio, o il patto d'offerta d'un migliore partito. Imperciocchè, avverandosi il caso o dell'uno, o dell'altro di questi due patti, il contratto o rimane sospeso senza punto essere perfezionato, o si rescinde, e si scioglie, come se mai non fosse stato conchiuso, e perciò i frutti esser debbono restituiti senza differenza, e tergiversazione di sorta. All'opposto nel caso, che si pattuisca una retrovendizione, si suppone la preesistenza d'altra vendita, e questa si ha per valida, e ferma, e solamente l'obbligazione si impone di farne una nuova, e in conseguenza al primo compratore appartengono i frutti percetti, e i proventi ricavati sino a quel giorno, in cui la retrovendizione dee farsi. Questo arrivato, egli scade dal dominio, che aveva: i frutti pendenti, gli aumenti sorvenuti, e le adjacenze tutte della cosa, che debbe rivendersi, saranno del compratore novello, qualunque volta egli acconsenta di dare quel prezzo, il quale corrispondente sia al valore della materia di questo nuovo contratto.

§. XXXV.

Un altro patto inserire non di rado si suole nelle convenzioni di compera, e vendita, fine

del

del quale si è l'assicurare il diritto di Protimesi,
o di Prelazione a certi individui nel caso, che
volesse vendere il proprietario un qualche fondo
di sua ragione. Quantunque però possa sembra-
re, esservi molta rassomiglianza fra questo, e
il patto di Retrovendizione, non conviene però
confondere l'uno coll'altro: essendo che nella re-
trovendizione si accostuma a stabilire un tempo,
spirato il quale debbe il compratore anche a
mal suo grado rivendere, e, se non si fosse spe-
cificato tempo veruno, non è però permesso il
rivendere, se non che alla persona del venditore
primiero, e perciò riesce mai sempre gravoso
codesto, ed inceppante la libertà del venditore.
Il patto all'opposto di prelazione, del quale ra-
gioniamo presentemente, consiste soltanto in que-
sto, che, se mai in qualunqne tempo, di libe-
ro suo movimento, e volere si determinasse il
proprietario a vendere fondo alcuno comperato da
altri, vendere lo debba a certe persone a prefe-
renza di chiunque, purchè queste gli dieno tutto
quel prezzo, anche il più alto, ed avvantaggia-
to, che da qualunque concorrente esibito gli fos-
se, onde non possa soffrirne nocumento, e di-
savvantaggio di sorta. Di tali patti ce ne som-
ministrano esempj le leggi antiche Romane, accor-
dando il ritratto, o il riacquisto di cose vendute
per diritto di prelazione accordata. Quindi Ermo-
geniano c'insegna (1), Che, chi vendendo
un fondo, patteggiò, che se mai il comprato-
re lo rivendesse, a se, e non ad altri, ven-
der

(1) *Leg.* 75. *D. de contr. empt. l.* 21. §. 5.
D. de act. empt. & vend.

der lo debba, potrà aver azione per esigere l'osservanza del convenuto: e Paullo ci avverte, Che, se avrò venduto un fondo col patto, che, rivendendolo, non ad altri, ma a me, tu lo venda, mi competerà azione, quando ad altra persona qualunque tu lo vendessi.

Sembra per altro, che il diritto Romano non riconoscesse, se non che il solo retratto, o la sola prelazione convenzionale. Noi a' tempi nostri abbiamo in favore di certe classi di persone introdotta per costume, e avvalorata dall' autorità delle pubbliche leggi un' altra spezie di prelazione, che Legale per questo appunto si chiama. Ma noi nelle Pandette, cioè sino ai tempi di Gordiano, non sappiamo ritrovare orma, nè vestigio di prelazioni autenticate per disposizione di legge: ritroviamo anzi adottato da esse, come un principio e certo, e generale di giustizia, che il proprietario non potesse essere astretto a vendere, se non a chi più gli piacesse. Perchè in fatti, se ci fossero state persone, alle quali aspettar si dovesse la preferenza nel comperare, ragion vorrebbe, che accordata ella venisse ai socii, ai consorti, ai coeredi, ai consanguinei, trattandosi dell' alienazione d' una parte di que' beni, ai quali dona ad essi titolo l' identità dell' eredità, o della compagnia, la promiscuità del dominio, o dell' agnazione. Ora, discorrendo appunto di queste classi di persone congiunte con simile relazioni di famiglia, di eredità, di società, Ulpiano stabilisce un assioma (1), Che, potendo un socio, coerede, un propinquo vendere, ed alienare la porzione, ch' è sua, ad onta

(1) *Leg.* 26. *D. de P. J. V. Plin. lib.* 1. *epist. XI.*

onta del dissenso degli altri consorti, può molto più venderla, ed alienarla in loro assenza, e senza dare ad essi preventiva notizia. Una vendita fatta in questa guisa sarebbe stata illegale, ed invalida nell' ipotesi, che in que' tempi avesse avuto luogo il diritto di prelazione riguardo a questi generi di persone. Dunque la legislazione delle Pandette non accordava diritto di prelazione a genere alcuno di persone. E, se discendiamo a' tempi anche più bassi, ed esaminiamo i rescritti de' Cesari immediatamente anteriori all' epoca di Costantino, vi rinveniremo una somigliante, ed uniforme legislazione sull' articolo presente. Non è egli vero, che consultati Diocleziano, e Massimiliano ad Eusebio risposero (1). „ Ella è una falsa persuasione la tua, „ che la porzione d' un fondo commune pro in„ diviso anche prima, che pronunziata sia la „ sentenza di divisione, venderla si possa ad „ un de' consorti soltanto, e non già ad uno stra„ niero ".

Se vi fu dunque legge costitutrice di prelazioni in grazia di certe classi di persone, fu ella certamente portata dopo il regno de' due Cesari menzionati. Ma quando la vorremo portata? e da chi? Sembra probabile di molto la congettura del dotto Giacopo Gottifredo, che Costantino il Grande ad esempio di quanto accostumavasi fra il popolo Ebreo per ordinazione Divina (2), cioè, che gli agnati, e parenti potessero ricuperare i fondi di terra alienati da un loro propin-

quo

(1) *Leg. 3. Cod. de comm. rer. alien.*
(2) *Levit. cap. 25. Ruth. cap. 4. Hier. cap. 35.*

quo costrettovi dal bisogno, abbia per un principio medesimo d'umanità, e di convenienza introdotto nel Cristianesimo, e nella Romana repubblica il diritto di Retratto, o di Prelazione a favore de' consanguinei, de' coeredi, e de' consorti, perchè non uscissero fuori delle loro mani, e passassero in mano straniera i beni di coloro, che aveano unione così stretta con essi loro. Una così fatta legge, se vuolsi portata da Costantino, fu in vigore per mezzo secolo in circa sino all'Impero di Valentiniano, Graziano, e Teodosio, i quali nell'anno CCCXCI con solenne Editto pubblicato nel mese di Maggio in Vicenza abolirono la legge costitutrice del diritto di protimesi, e rivocarono in uso la libertà, che godevano secondo le antiche leggi Romane i proprietarj di vendere, a chi più avessero voluto, i loro beni, ed effetti. Le parole di questo celebre Editto, rapportato, ma con qualche interpolazione, da Triboniano nel Codice Giustinianeo, sono le seguenti (1). „ Già da lungo tem-
„ po ai propinqui, ed ai consorti era stato con-
„ cesso di potere impedire gli estranei dal com-
„ perare, e togliere ai proprietarj la facoltà di
„ vendere a loro piacimento. Ma essendo questo
„ un grave torto, che indarno argomentasi di
„ coprire sotto il vano pretesto di convenienza l'
„ obbligare gli uomini a fare ciò, che loro non
„ piace, delle proprie sostanze; cassata, ed abo-
„ lita una tal legge, lecito sia a chiunque lo
„ scegliere a suo talento i compratori. "

Quella ragione per altro d'onestà, di convenien-

(1) *L. 6. Cod. Theod. de contr. empt. l. 4. Cod. Just. eod. tit.*

nienza, o se dirla vogliamo colla voce sua propria, di Euprepìa, che indusse Costantino, o qualcun altro de' Cesarei, a stabilire il diritto di Prelazione, eccitò ne' secoli posteriori l'Imperatore Romano il Lecapeno a riconfermare con suo Decreto (1) il diritto di protopraxìa, o di protimesi, e a stabilire riguardo all'osservanza d'esso una solenne generale prammatica. Eccone il contenuto in ristretto. Volle, che cinque fossero le classi di persone privilegiate: i consanguinei, che anno communanza di beni coll'alienante: i consorti, che anno communanza di beni, e che non sono parenti: i consorti, quantunque estranei, e senza *relazione* di società ne' beni, ma che però anno qualche titolo ai medesimi, quali sarebbero i coeredi, e collegatarj: i consorti, perchè descritti in un medesimo censo, e catasto; e finalmente i confinanti, e vicini. Fra queste diverse classi si procede con gradazione a norma dell' Editto successorio in guisa, che non volendo, o non potendo far uso della prelazione quei del primo ordine, il diritto si devolva a que' del secondo, e così progressivamente. Quindi è, che chi ha risoluto nell'animo di vendere effetti sogetti a prelazione, è in obbligo di denunziare giuridicamente la sua volontà a quelli, ai quali la preferenza è dovuta, acciò dentro lo spazio d'un mese, se sono presenti, o dentro il termine di mesi quattro, se sono assenti, dichiarino, se vogliano al venditore corrispondere senza dilazione quel prezzo, ch'altri si offre di darli, nel qual caso saranno anteposti nell'acquisto a tutti i concor-

(1) *Const. Rom. cap.* 3.

correnti. Egino per altro possono rinunziare a questa loro prerogativa: possono perderla o in pena di qualche enorme tratto d'ingratitudine, e d'inimistà esercitato contro del venditore, o col lasciare scorrere un decennio continuo senza querelare la vendita fatta, e prevalersi del privilegio concesso.

La Costituzione di Romano rimise in pratica il diritto di protimesi ne' paesi dipendenti dall' Impero d'Oriente. Ma avendo poscia l'Imperadore Federico adottata la Legge di Romano, e commandatane l'osservanza nell'alienazione de' beni feudali, (1), il diritto di prelazione non solo in questa spezie di beni, ma eziandio de' patrimoniali, cominciò ad estendersi, e a divenire pressocche universale nelle parti ancora d'Occidente, e nella nostra Italia vedesi confermato dagli Statuti particolari di quasi tutte le Città, onde abbiamo molti, e voluminosi trattati di Giureconsulti di varie nazioni sopra i Ritratti Gentilizj, Feudali, e Convenzionali, bastando a noi d'averne dato un leggiero schizzo, ed una primiera generale nozione.

§. XXXVI.

O vogliasi supporre un contratto di vendita semplice, e puro, o immaginarlo si voglia modificato, e vestito da condizioni, ed accordi particolari, o regolato, ed informato da disposizioni di Leggi, sarà sempre vero, che l'essenza, e la natura di esso, le qualità de' patti aggiuntivi, e la sovrana vo-

(1) *Lib. 5. Feud. tit. 13.*

volontà de' legislatori diverranno altrettante producitrici cagioni di varj, e differenti diritti, di varie, e differenti obbligazioni, alle quali, e in forza dei quali è tenuto scambievolmente l'uno dei contrattanti verso dell'altro. Se la buona fede, e i dettami della naturale ragione fossero costantemente le regole direttrici delle operazioni dell'uomo, le obbligazioni tutte corrispondenti ai diritti risultanti da qualunque compera verrebbero spontaneamente, e fedelmente eseguite. Ma, come ben di sovente avviene, che o il compratore, o il venditore o si dimentica, o ricusa d'adempiere verso dell'altro quei doveri, che gl'impose la convenzione seguita; e come nello stato di civil società non è lecito agl'individui della medesima il farsi ragione da per se stessi, quando vi sono i Magistrati, i quali armati della pubblica autorità e possono, e debbono costringere i renitenti all'adempimento delle obbligazioni contratte: così effetto delle compere, e vendite è l'azione, o sia una facoltà morale d'astringere col mezzo del ricorso ai pubblici magistrati all'esecuzione dei doveri, e delle obbligazioni determinate dalla natura del contratto la parte, la quale mancasse di soddisfarle. Contragge obbligazioni il compratore verso del venditore: ne contragge il venditore verso del compratore. Può mancare ai suoi rispettivi doveri l'uno, e può mancare egualmente l'altro. Dunque effetto di questo contratto sarà una doppia azione: l'una competente al venditore contro del compratore, detta nel linguaggio legale *Actio venditi*; l'altra competente al compratore contro del venditore, detta *Actio empti*.

L'azio-

L'azione di vendita, dice Ulpiano (1) ,, compete al venditore per ottenere quelle cose tutte, ch'è in debito il compratore di eseguire. " Ma, siccome da un canto la vendita nell'esser suo è perfetta, posto il consenso della merce, e del prezzo; e perfetta che sia nell'esser suo, dee produrre gli effetti determinati dalla sua essenza; così l'azione compete al venditore di domandare e il prezzo, e l'adempimento dell'altre obbligazioni al compratore, tosto che fu prestato da esso lui il necessario consentimento: e siccome dall'altro canto il venditore si impose l'obbligazione di consegnare, e di porre in possesso della merce venduta il compratore, facendone a lui la tradizione; e in conseguenza sarebbe una sconvenevolezza, ch'ei pretendesse la reale consumazione del contratto dalla parte del compratore, mentr'ei non ancora lo ultimò, e lo eseguì dalla sua, così ogni sua domanda, ed azione rimane soggetta ad eccezione, e senza efficacia, quantunque egli prima non abbia compiuto, ed adempito il contratto coll'attuale tradizione della merce venduta. Abbiamo sopra di ciò una bella decisione di Giuliano, le di cui parole son queste (2). ,, Chi comperò la vindemmia ,, pendente dalle viti, se racoglierla volesse, e ,, il venditore glielo impedisse, domandandone il ,, previo esborso del prezzo, prima d'averne fatta la tradizione, potrà schermirsi coll'eccezione, ,, d'essergi bensì stata venduta, ma essergli però ,, stata fatta la tradizione della cosa venduta. "

Affin-

(1) *Leg.* 13. *D. de act. empt. & vend.*

(2) *Leg.* 25. *D. de act. empt. l.* 5. *Cod. de evict.*

Affinchè dunque siano operative, ed efficaci le azioni, fa di mestieri, che il venditore abbia data la merce, e che abbia dato il prezzo il compratore. In allora l'azione di vendita, proposta dal primo, diverrà un' arme potente per costringere il compratore a corrispondere tutto il prezzo convenuto, e gl' interessi proporzionati alla proroga del pagamento: a risarcire le spese necessarie da esso fatte per conservare la merce: a compensarli il giusto valore della medesima, se mai per di lui frode l'avesse venduta meno di quel, che valeva: a pretendere la totale rigorosa osservanza di que' patti, e condizioni, che furono inserite, o aggiunte al contratto. E così del pari l'azione di compera, proposta dal compratore, il quale sborsò il pattuito danaro, e non fu posto in libero possesso della merce dovuta, diventa un mezzo efficace, e legittimo per obbligare a suo mal grado il venditore a tutto ciò, che il contratto da esso ricerca: a consegnare la merce, e in un con essa i frutti, e gli accrescimenti della medesima: a compensare le spese fatte per essa, ed in essa nell' ipotesi, che debba o restituirsi, o retrovendersi: a supplire il giusto valore, o riceverla in dietro, se venne a prezzo esorbitante pagata: a farsi guarentire, posto che ella esposta fosse ad evizione; e finalmente a costringerlo alla Redibizione, la quale è pure compresa virtualmente nell' azione di compera, come ne avverte Ulpiano (1). Ma, perchè usiamo quì certi termini, ed accenniamo certe dottrine, delle quali non possono da per se for-

(1) *Leg.* 11. §. 3. *D. de act. empt.*

formarsi, e deggiono pure avere i principianti giuste, e distinte nozioni, indispensabile cosa ci si rende il trattenersi intorno alcun poco per ispiegarle con sufficiente precisione, e chiarezza.

§. XXXVII.

Gioverà dunque il rammemorare, che nell'anno di Roma CCCLXXXVII essendo stati creati gli Edili Curuli, si diede a questa Magistratura novella non solo la sopraintendenza a' pubblici divertimenti, e spettacoli, ma eziandio la cura di mantenere, e di riattare le pubbliche strade, e le fabbriche, e l'ispezione sulle vettovaglie, e su i comestibili: in somma sulla polizia di quella grande Città. Ora, perchè in essa vi fosse mai sempre l'abbondanza, e il buon mercato, e per ovviare al possibile alle frodi, e all'ingiustizie, che l'avidità del guadagno suole pur troppo far commettere agli uomini, pubblicavano regolazioni sopra le materie spettanti alla loro giurisdizione; e come le regolazioni circa l'amministrazione della giustizia, e gli atti forensi prescritte dai Pretori diceansi Editti Pretorii, e aveano forza di Leggi, così aveano forza di legge le promulgate dagli Edili relative alla giustizia, alla buona fede, e all'eguaglianza de' mercati, e chiamavansi Editti Edilizj. Precettavasi in questi, che dovessero i venditori palesare lealmente, e discoprire al compratore i vizj, ed i difetti a loro cogniti delle cose mercanteggiate. I difetti, e le imperfezioni, che potevano essere in queste, riduconsi tutte a due generi. Imperciocchè o sono tali, che rendono assolutamente inabile una cosa a quegli usi,

per

per i quali uno vuol acquistarla, e che perciò, se fossero state notificate, egli non la avrebbe nè per molto, nè per poco comprata: o sono tali, che non la rendono pienamentre inetta all'uso, che si propone di farne, ma che però scemandone notabilmente il pregio, se ne avesse avuto sentore, non avrebbe per essa dato quel prezzo, per cui s'indusse a comprarla. Come però tanto nell'uno, quanto nell'altro di questi due casi v'ha della mala fede, e della superchieria dal canto del venditore degna d'essere e corretta, e repressa, così l'Editto Edilizio concesse una corrispondente doppia azione ai compratori, l'una delle quali redibitoria, e l'altra estimatoria vien detta.

„ *Redhibere*, dice Ulpiano (1), significa, fare „ in guisa, che il venditore si riabbia ciò, che „ avea dianzi: e perchè questo ottenevasi col re- „ stituirli la spezie venduta, l'atto fu appellato „ Redibizione, quasi una restituzione". Posto dunque, che una restituzione fosse astretto ad accettarla col mezzo d'un'azione giuridica contro d'esso proposta, codest'azione direbbesi Redibitoria, e in conseguenza noi definirla possiamo un'azione competente al compratore contro del venditore a fine di obbligarlo a ripigliarsi la già venduta sua merce, ed a restituire il prezzo ricevuto in pena d'avere occultato, e tacciuto un qualche difetto, il quale rende inutile l'uso della medesima al compratore. Dunque, se deesi quinci riavere la merce, e quindi riaversi il prezzo, disciogliesi onninamente il contratto in virtù di quest'azione, e tutto riducesi a quello stato, in cui

(1) *Leg.* 21. *D. de ædil. edict.*

cui sarebbe, qualora seguita non fosse compera, e vendita alcuna.

Essendo la redibitoria accordasi soltanto allora, che ci sono malattie, e difetti in ciò, che si vende, e potendo questi difetti, e malori essere di spirito, ed essere di corpo, avrà luogo la redibizione nel caso, che questi affettino il corpo, ed incapace lo rendino di prestare i voluti servigii, ma non avrà punto luogo nel caso, che sieno vizj secreti del cuore, e male affezioni di spirito, quando bene o non fossero queste prodotte da organiche corporali malattie, o non influissero eziandio sul corpo, e non lo rendessero inabile all'esercizio delle sue funzioni. Rapportiamo le parole stesse d' Ulpiano (1): „ Sembra, che la consuetudine abbia fissato il senso „ del vocabolo, Malore, e difetto, appropriandolo alle sole malattie del corpo e quindi è, „ che il venditore non è tenuto per difetto alcuno d'animo, quando espressamente non ne „ convenne. Che se il male del corpo giunse „ ad alterare la sanità anche dell'animo, allora „ potrà la redibizione aver luogo ".

Ma siano pure corporali i difetti: saranno perciò indistintamente valevoli ad annullare il contratto col mezzo della redibitoria? Non lo saranno, se fossero leggieri, e non impedissero l' uso delle membra (2): una picciola febbretta, un'invecchiata quartana, di cui può non farsene conto, una superfiziale ferita non meritano le attenzioni della Magistratura, nè sono nell' Editto com-

(1) *Leg.* 4. §. 1. 3. *D. de ædil. edict.*
(2) *Leg.* 1. §. 8. *l.* 4. §. 6. *D. eod.*

comprese, come cause di redibizione. Non lo saranno nemmeno, se tali sono i difetti d'una cosa esposta alla vendita, che risaltino agli occhj, e possano essere ravvisati, e conosciuti dal compratore medesimo. Se si conducesse al mercato per venderlo un animale, o uno schiavo affatto cieco, o che avesse una grande deformità, o una pericolosa cicatrice nel capo, o in altra parte scoperta del corpo, ed uno lo comperasse, avrebbe poi questi diritto d'usare la redibitoria per ritornarlo al venditore? Ma dobbiamo avere con Ulpiano per certo (1), che l'editto degli Edili ha relazione soltanto a que' vizj, e a quelle imperfezioni della cosa mercanteggiata, le quali erano ignorate, o poteva ignorare il compratore, e cessa affatto, ove egli poteva averne facilmente contezza.

Ecco le circostanze de' casi, nei quali l'azione redibitoria è permessa. Che, se sonovi inerenti alla cosa venduta difetti, e mancanze non iscoperte, nè da potersi facilmente conoscere dai compratori, e tacciute appostatamente dal venditore per cogliere migliore vantaggio, tali però, che scemano bensì il valore della merce, ma non la rendono disadatta al servigio: dassi in questo emergente l'azione estimatoria per costringere il venditore a restituire quel di più, che gli fu dato, e che dato non gli avrebbe l'ingannato compratore, e a compensarli i danni da esso sofferti per la dislealtà del venditore.

(1) *Leg.* 14. §. 10. *D. de ædil. edict.*

§. XXXVII.

Può accadere, e accade anzi sovente, che, non rinvenendosi difetto alcuno nelle merci, restino però danneggiati i contraenti, o l' uno col vendere la roba sua a prezzo assai più basso del di lei vero valore, o l' altro col comperarla a prezzo più alto: e ciò addivenga o per ignoranza d' ambedue, o per malizia d' una delle parti, alla quale era noto il vero, e reale valore della materia, sulla quale s' aggirava il contratto. La legge di natura, la quale non vuole, che siavi sproporzione, e disugguaglianza di sorta tra la merce, ed il prezzo, prescrive altresì, che questa si adegui, e si compensi, e si risarcisca ogni qualunque lesione, che un innocente può risentire: ma nella corruzione generale degli spiriti umani, e nello stato attuale di civile società, in cui viviamo aprendosi una larga sterminata porta a innumerabili differenze, e litigj, se per qualunque benchè picciola lesione, si accordasse azione, e ricorso, e venendosi ad impedire il libero corso, e la frequenza de' contratti con discapito, e nocumento universale della popolazione; l' avveduta legislatrice prudenza, non discostandosi punto dai dettami della naturale ragione, la quale consiglia a scegliere fra due inevitabili mali sempre il minore, adottò il temperamento salutare di non concedere azione a chiunque si querelasse d' essere stato danneggiato nel prezzo o vendendo, o comperando, qualunque volta il danno del compratore non sormontasse, e il danno del venditore non sottostesse alla metà del giusto prezzo

vol-

volgare della merce venduta. E' celebre sopra di questa materia il rescritto di Diocleziano, e Massimiliano a Lupo, ove quest'azione trovasi stabilita, e le parole son queste (1). „ Una cosa
„ di prezzo molto maggiore, se o tu, o il pa-
„ dre tuo venduta l'avete a prezzo minore, ri-
„ chiede il sentimento d'umanità, che restituen-
„ do tu il prezzo ricevuto al compratore, la ri-
„ cuperi coll'autorità del giudice, ovvero, se
„ così scegliesse di fare il compratore, tu riceva
„ da esso il supplemento del giusto prezzo. Per
„ altro allora dirsi dee venduto a prezzo mino-
„ re, quando non fu data nè meno la metà del
„ vero prezzo ". La discretezza delle leggi civili fu confermata in appresso dai Canoni stessi della Chiesa: onde essendosi i Monaci di S. Martino del monte trovati danneggiati per avere venduti certi loro casamenti per meno della metà del giusto valore al comune di Viterbo, e portato l'affare al foro contenzioso, e quindi devoluto al Pontefice Innocenzo III. definitivamente ordinò (2): Che il predetto comune o restituisse ai venditori le fabbriche, se questi gli ritornassero il prezzo ricevuto, o pure supplisse al difetto del giusto valore, quale poteva essere al tempo, in cui la vendizione fu fatta.

Rapportammo le parole delle Leggi, e la definizione de' Canoni. Ma, come che e in questi, e in quelle si parla dell' ipotesi, nella quale il venditore risente danno oltre alla metà del prezzo delle cose da esso alienate; così sembra

 po-

(1) *Leg. 2. l. 8. Cod. de resc. vend.*
(2) *Cap. 6. cap. 3. de empt. vend.*

potersi porre in quistione, se il benefizio accordato a chi vende, sia accomunato anche al compratore nel caso, ch' egli sborsi per acquistare una cosa più della metà di quanto ella vale realmente. In fatti Giacopo Cujacio apertamente sostiene (1), non competere al compratore azione nè rescissoria, nè suppletoria veruna, qualunque sia il nocumento, ch' egli soffra per l' eccedenza del prezzo. Io confesso, che si debbe tutto il rispetto alle opinioni di questo grand' uomo: con tutto mi si permetterà di non essere del di lui sentimento in questo punto, nel quale parmi, che sia deviato dal vero. Certamente sono due cose correlative la compera, e la vendita, e nell' idee correlative ciò, che si attribuisce all' una, attribuire si debbe del pari all' altra. Se dunque al venditore compete azione, qualunque volta rimane danneggiato oltre alla metà del prezzo convenevole, perchè nel caso di eguale lesione negarla vorrassi al compratore? La ragione, per cui ella al venditore concedesi o per lo risarcimento del prezzo, o per la rescissione del contratto, non è già un qualche privilegio annesso alla persona, perchè è venditore; la ragione bensì è fondata sulla natura dell' atto, che esige la buona fede, e che non permette un' enorme sproporzione, ed ineguaglianza tra il prezzo, e la merce. Ma questa ragione richiede, che anche il compratore debba essere trattato con eguale buona fede, e non soggiacere a danno esorbitante nel prezzo. Dunque ad esso lui pure intenderassi concessa quell' azione, che trovasi nelle Leggi al venditore concessa.

Pro-

(1) *Lib.* 16. *obs. cap.* 18.

Promiscua ella è dunque ad ambidue i contraenti: ambidue far uso ne possono per l'effetto medesimo. Supposto, che l'uno abbia venduto per meno della metà del giusto prezzo, ch' abbia venduto per meno di cinquanta ciò, che comunemente valeva cento, o che l'altro abbia comperato per più di cento ciò, che soltanto era corrispondente a cinquanta: dona ad entrambi la legge il mezzo opportuno, ed efficace nell'azione, onde risarcire il danno, e la lesione sofferta. Ora risarcire questa si può in doppia maniera, e col riavere la cosa, e col supplire al difetto, o all'eccesso del prezzo. Dunque codest' azione non si può proporre mai assolutamente, e domandare al compratore precisamente la restituzione della merce comperata per molto meno del di lei valore, o chiedere al venditore la restituzione del prezzo eccedente di gran lunga il pregio della merce: ma deesi far uso dell'alternativa, o domandando la rescissione del contratto col riavere ciò, che si diede; o domandando il supplemento di quanto manca, o il diffalco di quanto eccede il giusto valore, lasciando al reo l'arbitrio di scegliere o l'uno o l'altro mezzo legittimo di reintegrare, e soddisfare l'attore.

§. XXXIX.

Il fine di chi compra, è l'acquistare la proprietà, la quale lo ponga in istato di fare quegli usi, che più gli piacciono, delle cose venduteli. Il dovere dunque di chi vende, è di trasferire nel compratore il dominio delle medesime; il qual dominio non può essere trasferito in altri, se

se non se da colui, il quale legalmente lo ha. Ora è ella forse strana, o rara cosa, che uno venda ad un altro una cosa, credendola veramente in suo dominio, mentre non ne fu mai, sebbene coi titoli i più giusti posseduta? Titolo atto a trasferire il dominio è una donazione: modo atto è un testamento, un legato. Ma, se io vendessi una gioja a me donata, ma che il donatore, senza ch'io lo sapessi, involata l'avesse; se vendessi un fondo a me lasciato in legato, ma che soggetto fosse ad un fidecommesso; e che sbucasse fuori, dappoicchè vendei o questo, o quella, il padrone, o il fidecommissario, e l'uno, e l'altro di essi rivendicasse la gemma, o lo stabile da me venduto, e lo ridomandasse al compratore, come a colui, che n'è l'attuale detentore, o possessore, e ottenesse a quest'effetto decreto, o sentenza del giudice competente: questi due si direbbero Evittori nel linguaggio forense, essendo che Evizione propriamente significa il togliere al compratore una cosa venduta mercè della sentenza del giudice, il quale ne pone in possesso chi ne riconobbe essere il vero padrone. Cosa dunque in tanto sfavorevole combinazione di circostanze dovremo noi fare del compratore? Egli perde la merce, che se li toglie dal proprietario: egli è in esborso del prezzo dato già al venditore. Dovrà egli dunque soggiacere a doppia perdita e della roba, e del soldo? La giustizia non lo consente. Sarà dunque in debito l'Autore, vale a dire colui, da cui ebbe il compratore ciò, che tolto poscia gli fu, di mantenerlo nel libero, e pacifico possesso, potendo, o se tanto conseguire non può, di risarcirlo

di

di tutti i danni, che cagionò ad esso l'evizione: lo che si dice *Evictionem præstare:* e in conseguenza possiamo definire l'Evizione: Un'azione concessa al compratore, e a qualunque altro, il quale acquistossi una qualche cosa in virtù di qualche titolo, e contratto oneroso, di poter costringere il venditore, e l'autore a risarcire, e compensare ad esso ogni, e qualunque danno nel caso, che siagli essa tolta dal proprietario autorizzato da giuridica sentenza del magistrato.

§. XL.

Affinchè però più facile, e più distinta ci si renda l'intelligenza degli effetti proprii di quest' azione, distinguiamo due tempi. Un primo tempo si è quello, in cui si mosse lite, e si formò giudiziale domanda del vero padrone al compratore; ma non però fu evitta per anco la cosa domandata, nè pronunziata definitiva sentenza. L'altro tempo si è quello, in cui già attualmente l'evizione seguì, e fu per sentenza del giudice aggiudicato della cosa venduta ad altri il dominio.

Discorrendo ora degli effetti di quest' azione relativamente a quel tempo, in cui fu bene contestata, ma non è ancora decisa la lite a favore del proprietario: il venditore o è conscio a se medesimo di non essere stato legittimo padrone della merce allora, che ne fece la vendita; o n'è incerto, e dubbioso; o è persuaso internamente d'averne avuto, e di averne tutt'ora un incontrastabile vero dominio. Se la coscienza gli attesta, di non esserne stato il padrone, a che pia-

piatire col legittimo proprietario ? e perchè non suggerire all' impetito compratore di cederla, e restituirla a colui, al quale di ragione appartiene? Suppongasi, che suggerisca così: che venga restituita senza contesa. Quale sarà in quest' ipotesi il diritto dello spogliato compratore? Risponde Africano, e ci dice (1): „ Se fia, che scientemen„ te m' abbia venduto cosa d' altrui, prima ezian„ dio ch' ella sia evitta, io potrò far uso dell' „ azione, che dicesi *Ex empto*, e domandarti la „ compensazione di tutti i danni sofferti, perchè „ fu fatta mia, e de' guadagni perduti, perchè a „ me venduta ". Ondeggia il venditore fra il sì, e il nò, se fosse sua la merce vendutami all' improvviso comparire di chi se ne spaccia per padrone? Se il compratore non fece per anco lo sborso del prezzo, rammentisi dello spediente suggeritoli da Papiniano (2), che, insorgendo quistione circa il dominio della cosa venduta, non potrà essere obbligato il compratore al pagamento, se pria dal venditore non gli vengano costituiti mallevadori per sua sicurezza nel caso d' una futura evizione.

Ma, che avverrà poi, se il compratore venga chiamato in giudizio in qualità di possessore di cosa d' altrui, per la quale contò tutto intero il prezzo pattuito? In quest' ipotesi, o sia, che così sia stato espressamente accordato, o sia che non se n' abbia fatta particolare menzione, l' indole, e la natura stessa del contratto di compera, e vendita porta, come Ermogeniano c' insegna

(1) *Leg.* 30. §. 1. *D. de act. empt.*

(2) *Leg.* 18. §. 1. *D. de per. & comm. rei vend.*

gna (1), che, durante la lite del dominio, il venditore non è tenuto alla restituzione del prezzo, ma bensì è tenuto ad assumere a sue spese la difesa del reo. Ora il reo, contro di cui dee rivolgersi il proprietario, attore in questa causa, è il compratore, come quello, ch'è in attuale possesso della cosa controversa. La causa dunque dee contestarsi, e decidersi nel foro, ch'è il proprio, e competente del compratore: e siccome il venditore è tenuto ad assumere il giudizio a favore del compratore, come sua salvaguardia, e garante; così suo pure diviene il foro del compratore, danno, ed incommodo del quale sarebbe il dovere trasportarsi in altro foro, ed assoggettarsi alla sentenza di giudice forastiero, e lontano.

Farsi dunque assuntore di giudizio in questa vertenza dovrà il venditore: il che se la ragione lo vuole ad oggetto di esentare da ogni incommodo, e danno un innocente, al quale non può ascriversi colpa veruna, ella esige altresì, che dal compratore diasi convenevolmente notizia dell' attacco, che dato gli viene, onde accorrere ad una necessaria opportuna difesa. L'ommissione di una tale notizia, come esser potrebbe al venditore nocevole, così è severamente nel trascurato compratore punita, il quale (2), se non l'avrà recata all' autore, o ai di lui eredi, nel caso, che resti evitta la roba, ei non avrà azione veruna nè contro il venditore, nè contro i fidejussori costituiti da esso. Potrassi egli dunque

(1) *Leg. 74. §. 2. D. de evict.*
(2) *Leg. 9. Cod. de evict.*

que sottrarre alla pena col dire, che altronde e per lettere, e per discorsi di più, e più persone era già stato a sufficienza il venditore informato e dell'inaspettata apparizione d'un proprietario novello, e della giudiziaria vessazione promossa? Non potrà con tale pretesto sottrarsi: la notizia, che debbe avere il venditore, dee venire direttamente dal compratore, che ha il maggiore interesse nell'affare: debbe essere e legalmente fatta, ed opportunamente. Fatta sarà legalmente, quando all'annunzio della lite già intavolata, e promossa si aggiungerà l'eccimento di comparire esso in persona, o di autorizzare un idoneo procuratore ad assumere le difese, con solenne protesto di danni, spese, ed interessi per qualunque procrastinazione, e ritardo: se gli trasmetteranno le domande, le scritture contestative, e la serie degli atti corsi sino allora nel foro, onde studiandoli, ed esaminandoli abbia modo il venditore di formare, e digerire il migliore piano possibile di difesa. E quindi è, che codesta notizia, oltre d'essere solenne, e legale, debbe essere fatta opportunamente, e non fuori di tempo. Articolo egli è questo, nel quale discordano fra di se stessi gl'Interpreti; volendo altri, che allora fatta a tempo la denunziazione si abbia, quando ebbe luogo prima della contestazione di causa: altri, anche quando si faccia dopo la sentenza in prima istanza, ove però interporre si possa appellazione ad un superiore tribunale: ed altri, tenendo una via di mezzo fra questi due estremi, che basti il farla dopo la contestazione, ma avanti però dell' introduzione de' testimonj, dell'accettazione de' capitoli, e delle

prove

prove giustificative di essi, e della conclusione degli atti; fatta la quale, ed ordita tutta la tela giudiziaria, altro non resta, se non che gli Avvocati perorino, e il Giudice la sua sentenza pronunzj. Coll'opinione di questi pare, che maggiormente concordi un notabile insegnamento di Pomponio, ove scrive (1): „ In qualunque „ tempo può notificarsi al venditore, che si pre- „ senti ad imprendere la difesa, non essendovi a „ ciò fare prefisso tempo veruno, purchè però „ non lo si faccia troppo vicino alla sentenza di „ condanna ".

§. XLI.

Diamo, che precorsa sia solenne denunzia, ed a tempo, onde abbia avuto il venditore agio opportuno di tentare tutti i possibili modi di valida difesa. Soccombe non per tanto nella causa, e rimane evitta la cosa venduta. Alza allora la voce sua l'equità, e grida: Si risarcisca il compratore, ed il risarcimento sia in ragione del danno. Fu evitta tutta affatto la cosa comprata? Al valore di essa tutta corrisponda il risarcimento. Fu evitta in parte? Corrisponda il risarcimento alla parte. Nel che però per non andare errati, e sbagliare nella determinazione di codeste proporzioni, dietro alla scorta delle leggi medesime distinguere fa di mestieri, se venga evitta porzione, la quale rimaner debba inseparata, e pro indiviso, o pure una porzione, la quale abbia da smembrarsi, e separarsi da un tutto. Un esem-

(1) *Leg. 29. §. 2. D. de evict.*

esempio porrà la dottrina in tutto il suo lume. Mi viene venduta una campagna di dieci jugeri. Pretende uno diritto di proprietà sopra cinque di questi, senza però indicare, nè specificare, quali si siano, onde ne nasce, ch' egli entri meco in comunità di dominio di quel terreno, di cui gli appartiene la metà evitta per giudiziaria sentenza. In questo caso, dicesi evitta porzione in genere, e pro indiviso. Ma, se di questo stesso fondo pretendesse un altro la proprietà di due jugeri determinati, e specificati, e questi gli evincesse; egli smembrerebbe dalla totalità del fondo, e ne porterebbe via quella certa quantità, in quel preciso sito, e tale evizione direbbesi di porzione separata, e divisa. Ora o siasi, che tutta affatto la cosa venduta si evinca, o ne resti evitta una parte, compete sempre al compratore regresso contro del venditore per la restituzione o di tutto il prezzo, o di parte del medesimo proporzionata alla parte evitta della merce, con questa differenza però, che ove fu evitta una parte pro-indiviso, a cagione d' esempio, la metà d' una campagna di dieci jugeri, nell' ipotesi, che costata mi sia dieci mille Ducati, giusta sarà la proporzione, se mi siano dal venditore rimborsati cinque mille ducati: mentre, quando viene evitta una determinata parte identificamente, come due jugeri i tali, ed in quel sito; non sarà giusta la proporzione, se il venditore restituiscami due mille ducati, potendo avvenire, che quel pezzo di terra evitto sia il più bello, ed il più uberroso del rimanente della campagna comperata, e perciò si farà la stima del valore della parte evitta, considerando la di lei situazione, e fertilità, e il vendito-

ditore sarà tenuto a restituirmi quel prezzo, che sarà il proporzionato alla bontà, e qualità de' jugeri evitti. Udiamo le leggi. „ Quando, dice
„ Paullo (1), viene evitta parte d' un fondo
„ per escorporarsi da esso; quantunque sia stato
„ dato nella vendita un numero certo di jugeri,
„ con tutto ciò risarcire l' evizione si debbe, non
„ a ragguaglio della misura, ma della bontà del
„ terreno "; ed Ulpiano altrove soggiunge: „ Se
„ evincesi una porzione pro-indiviso, ha il com-
„ pratore regresso in ragione della quantità, che
„ fu evitta: ma quando è evitto un determinato
„ luogo, e non già una porzione pro-indiviso d'
„ un fondo, avrassi regresso in ragione della
„ bontà: perchè, non potrebbe accadere, che
„ fosse evitto o il più prezioso, o il pezzo d' un
„ fondo il più vile? Se ne faccia dunque stima-
„ re la bontà, e ragguaglio alla bontà si conce-
„ da contro del venditore al compratore il re-
„ gresso ".

Basta per altro, che il venditore restituisca o l' intero, o parte del prezzo secondo che o in parte, o in tutto soggiacque ad evizione il compratore? Non basta: egli è in obbligo di compensarli ogni danno sofferto, di reintegrarlo dei guadagni, e degl' interessi, di cui sarebbesi approfittato, e che gli mancarono precisamente per questo, perchè all' evizione andò soggetto. „ Evit-
„ ta la cosa comprata, dice Paullo (2), com-
„ pete azione per compera non già solamente per
„ riavere il prezzo, ma per conseguirne i prò
„ tutti, e gl' interessi ".

(1) *Leg.* 64. §. 3. *l.* 1. *D. de evict.*
(2) *Leg.* 70. *D. de evict.*

§. XLI.

La natura stessa del contratto, l'eguaglianza, che dee passare tra le parti contraenti, la buona fede, ch'è l'anima di queste convenzioni, concorrono insieme a giustificare l'obbligo, in cui è il venditore di prestare l'evizione delle cose vendute. Ma queste ragioni medesime porgono efficaci motivi per conchiudere, come in certe particolari combinazioni di circostanze possa non essere tenuto per giustizia all'evizione il venditore. Non è la prestazione della medesima un avvantaggio del compratore? non è in sua libertà il rinunziare ad un proprio suo diritto, e vantaggio? Se dunque nella formazione del contratto apertamente, e senza equivocazione si stipulasse, che non sarà tenuto il venditore a titolo d'evizione, lo crederemo noi esentato da ogni, e qualunque debito in forza di un tale patto? Ne interpreta lo spirito Ulpiano, e risponde (1), non essere obbligato il venditore a rifondere gli utili, ch'avrebbe avuto il compratore, se non fosse accaduta l'evizione; ma però essere obbligato alla restituzione del prezzo, non comportando la buona fede, che l'uno perda la merce, e che l'altro ritengasi il prezzo.

In tanto conviene per giustizia regresso al compratore contro del venditore nel caso d'evizione, in quanto gli venne supposta, come propria dell'autore una cosa, la quale era d'altrui, nel che rimase ingannato. Ora ingannato dirsi ei non

(1) *Leg.* 12. §. 18. *D. de act. empt.*

non potrebbe, se comperasse una cosa, sapendo di certo non esser ella di ragione del venditore, e sapendolo per confessione di lui. Nell'ipotesi dunque, che questa evitta gli sia, non gli rimane nè titolo, nè ragione di pretendere di essere indennizato per esso dell'evizione, al pericolo della quale egli volontariamente si espone (1). E finalmente alle disposizioni piene di equità del diritto uniformandosi anche il diritto Ecclesiastico, chiuderemo il presente Titolo colle parole di Gregorio IX. (2). „ Se alcuno tralascierà di denunziare al venditore d' imprendere la difesa „ del compratore, contro di cui fu già mossa „ querela, o se per contumacia volle trovarsi „ lontano al tempo della definitiva sentenza, o „ se la sentenza, ch'autorizzò l' evizione, fu illegale, ed ingiusta, non potrà secondo le ordinanze civili far uso d'azione per l'evizione, à „ cui soccombette ".

Appendice delle Leggi Venete.

§. XLII.

Quantunque i principj d'equità naturale, e lè disposizioni del diritto civile Romano concordi generalmente, e conformi alla ragione, ed alla natura di questo contratto, possano sembrare bastevoli ad istruirci in tutto ciò, che concerne le compere, e le vendite: non crediamo però di dover om-

(1) *Leg. 27. Cod. de evict. l. 7. Cod. comm. utr. jud.*

(2) *Cap. 7. de empt. vend.*

ommettere le particolari applicazioni del naturale diritto a certi casi, e le particolari modificazioni di certe regole del diritto civile Romano relative alla materia delle vendizioni, che sparse quà, e là ritrovansi ne' Veneti nostri Statuti. Altre di queste riguardano le persone de' compratori, e venditori: altre le cose da comperarsi, e da vendersi: altre il modo, col quale si compra, e si vende: ed altre finalmente gli effetti delle compere, e vendizioni già fatte.

Il contratto di compra, e vendita è di sua natura oneroso: si traslata da una parte il dominio del prezzo per avere la merce: si trasferisce dall' altra il dominio della merce per avere il prezzo; e sempremai coll' incertezza di fare un vantaggioso mercato. Egli è dunque di ragione, che comperare non possano, se non quelle persone, le quali anno libera amministrazione delle proprie sostanze, e non pregiudicano, se non a se medesime, dando ad altri prezzo per cose. Dunque, essendosi dalla pubblica vigilanza avvertito, che coll' interposizione, e col mezzo di mal onesti sensali, pupilli, minori, e figli di famiglia comperavano o stabili, o mobili dati loro a disavvantaggiosissime condizioni per determinato tempo, e per avere il convenuto prezzo o dopo l' età minore, o dopo la morte de' loro padri; restò decretato in conseguenza (1): Che restino annullati, e senza effetto tali vendizioni: che i compratori nè in vita, nè dopo morte dei padri di famiglia, nè durante, nè spirata la tutela, e cura possano per sentenza di Giudici, o terminazione di Magistra-

(1) *Correz. Gritti cap.* 4. *Correz. Trevis. cap.* 14.

strati essere a pagamento veruno obbligati: che qualunque mezzano, e sensale di simili riprovate compere sia irremissibilmente condannato alla pena pecuniaria di ducati cento, applicabile per metà all' accusatore, e per metà all' Uffizio degli Avogadori, esecutori delegati di questa legge: che il solo espresso assenso paterno, e l' interposta autorità de' tutori vaglia a renderle valide, ed obbligatorie: e che non possa nè rivocarsi, nè derogarsi, nè interpretarsi la costituzione statutaria presente, se non se per decreto del solo Maggior Consiglio, approvato non colla pluralità, ma *coi cinque sesti* de' raccolti suffragj.

E comecchè nelle compere, e vendite si ha per fine la traslazione, e l' acquisto del dominio, il quale traslatarsi in altri non può, se non di colui solamente, ch'è il proprietario; così, de' beni condizionati, e a fidecommisso soggetti non passando negli eredi chiamati il diretto, ma l' utile dominio soltanto, fu statuito (1), che per titolo, e ragione nessuna, se non se per l' unica di costituzione, e pagamento di dote, sia permessa la vendizione de' beni fidecommessi o dagli Ascendenti, o da' Trasversali: che, quand' anche si trattasse di debiti di pubbliche imposizioni, e gravezze, non sia lecito il procedere alla vendita de' beni condizionati, ma debba il fisco pagarsi cogli affitti, e coll' entrate de' medesimi, i quali, dopo l' estinzione totale del debito, abbiano a restituirsi agli eredi, in qualità di retaggio con-

(1) *Correz. Barbarigo cap.* 5. *Legg. Crim. cap.* 50. §. 5.

dizionato: e che per impedire la vendizione di così fatti beni, che si vogliono perpetuati nelle famiglie, alla quale potrebbe dar motivo o la malizia, o l'ignoranza, siano tenuti i Notaj, morto che sia il disponente, notificare, e presentare copia dell'articolo del testamento, in cui contiensi il fidecommesso, all'Uffizio della Cancelleria inferiore, nella quale in libro particolare, e distinto si terrà esatto registro dei fondi, che gli eredi confesseranno di possedere, come fideicommissarii, corrispondentemente alla volontà de' testatori.

Per diritto di natura non meno, che per diritto civile Romano è divietato il vendere la medesima cosa a più compratori separaratamente, perchè quella vendita, che fassi al secondo, non può togliere le ragioni conferite al primo, senza sovvertimento manifesto della giustizia. Avendo dunque preso piede nel Veneto Dominio un abuso di vendere a più persone, senza che l'una sapesse dell'altra, il medesimo fondo, prendendolo poscia da cadauna in affitto, onde ne avveniva poi, che resa manifesta quindi a poco la trufferia, i compratori posteriori di tempo rimanevansi con notabilissimo loro danno senza roba e senza denaro, la pubblica vigilanza accorse al riparo, e decretò (1): che chiunque vendesse più d'una fiata, o a più individui successivamente una medesima cosa, caduto in mano della Giustizia, dopo un anno di carcere, ed un'ammenda di trecento lire, sia bandito per anni sette dal luogo, ove ha il suo domicilio, e da quello, ove

sono

(1) *Legg. Crim. cap.* 50. §. 1. 3.

sono i beni venduti; e, se si trovasse lontano, citato prima, e proclamato, bandito sia per anni quindici, e dall'alienazione dei di lui effetti rittraggasi l'ammenda predetta: rimanendo incaricati dell'esecuzione fedele di quest'ordine nelle Città dello Stato gli ordinarj Rettori, e nella Capitale l'Offizio di Cattaveri: Che per ovviare in seguito a somiglievoli frodi, qualunque vendita, ed alienazione di qualunque spezie di possessioni, e di fondi, per qualunque grande, o picciola somma, debbasi dare in nota dentro lo spazio d'un mese alle respettive cancellerie, indicando il nome, e cognome de' venditori, e compratori, la situazione, i confini, e la qualità delle terre, e stabili venduti, e la quantità del prezzo, per cui furono comperati, le quali notificazioni deggiano con diligenza a lume, e a sicurezza di tutti custodirsi: Che, se mai si attendesse di fare vendita, ed alienazione alcuna senza l'osservanza di queste prescrizioni; o se, prima che siano adempite, si dessero in affitto a chi vende i beni comprati, il venditore del pari, che il compratore sono condannati ad esborsare la quarta parte del valore de' beni alienati, da applicarsi per metà all' accusatore, e per metà al giudice.

Le cose litigiose, sopra la proprietà delle quali pende giudiziaria contesa, aveano le leggi Romane divietato, che potessero vendersi, o con qualunque altro titolo alienarsi, e questa vendizione, cessione, ed alienazione e l'annullavano, e la punivano molte volte eziandio (1), affin-

(1) *Leg.* 2. *l.* 4. *Cod. de litig. Nov.* 112. *cap.* 1.

chè nè si protraessero a lungo le controversie civili, nè acquistando ragione sopra d'una cosa posta in quistione un qualche novello pretendente o più ricco, o più autorevole, o più cavilloso, ed esperto de' raggiri forensi, rimanesse oppresso l'innocente meno malizioso, e più povero. Queste stesse massime d'umanità, e di ragionevolezza indussero i Veneti Legislatori a decretare (1): Non potersi nè vendere, nè comperare da chicchesia lite alcuna, o cosa litigiosa, stabile, o mobile, a condizione di assumere in se medesimo la prosecuzione della giudiziaria vertenza, e, questa definita, dare poi al venditore una qualche porzione delle spezie, o de' fondi controversi venduti: Non potersi nè in parole, nè in iscritto formare accordo o di spendere del proprio, e maneggiarsi per la ultimazione della lite d'un terzo, onde aver poi qualche parte degli effetti contenziosi, o in qualità di Avvocato imprendere la difesa, e la trattazione d'una lite, per ottenere poi parte de' beni, o certa convenuta somma di danaro mercè d'un patto, che dicesi *De quota litis*. Essere tutti simili patti, e convenzioni nulle per diritto, inoperose, ed invalide, nè in forza d'esse rimaner obbligato il venditore a dare, e contribuire la menoma cosa a chi avesse comperata la lite: anzi il compratore, di qualunque grado, e condizione si voglia, punirsi coll'esiglio d'anni cinque dal luogo, ove tale trasgressione commise. Se è Nobile Patrizio, punirsi coll'essere incapace d'ogni magistratura, e carica pubblica per un quinquennio, e coll'ammen-

(1) *Legg. Crim. cap.* 14. *cap.*

menda di ducati trecento, e, se è di professione Avvocato, oltre ad un'ammenda uguale, essere inabilitato per cinque anni continui agli esercizj, e ministeri forensi.

§. XLIII.

Nell'eguaglianza, e proporzione tra il valore della merce, e la quantità del prezzo consiste la giustizia, che regnar dee ne' contratti di compera, e vendita. Questo inconcusso principio d'equità molto più merita d'esser posto in esecuzione, qualunque volta si tratta di ridurre a perfetta eguaglianza vendite, e compere fatte con isproporzione, e con danno di poveri indigenti costretti da un'imperiosa necessità a vendere, o a comprare a condizioni svantaggiosissime da genti, alle quali l'avidità del guadagno estingue nell'animo ogni sentimento d'umanità, e di compassione. Quindi è, che ritroviamo negli Statuti (1), che nel caso, in cui fossero state comprate possessioni, e terreni a prezzo minore del giusto, o queste fossero in mano di chi diede soldo per esse, e se ne appropriasse i frutti senza imputarli a sconto del capitale; e similmente nel caso, in cui fossero venduti a povere famiglie generi necessarj, come o biave, o vino, o bovi a prezzo alterato, ed esorbitante, tutti questi contratti, venuti a notizia de' giudici ordinarj de' luoghi, e rilevata evidentemente l'ineguaglianza, ed iniquità, che contengono, s'intendano nulli, ed invalidi, quantunque solennemente stipulati,

(1) *Legg. Civil. cap.* 114.

lati, ed istrumentati, e siano costretti gli usurarj compratori, e venditori a contribuire il doppio di più di quella quantità, che vollero superiore al giusto prezzo, o di quella inferiore al prezzo giusto, allorchè comperarono.

Un' altra maliziosa frode erasi introdotta in pratica per porre al coperto dai provvedimenti della vendicatrice giustizia i contratti lesivi, ed ingiusti. Chi avea contrattato con altri illecitamente, e con usura, per togliere alla parte danneggiata il ricorso alla Giustizia, si faceva cedere in cauzione, e sicurezza tanti beni stabili, quanti corrispondevano al capitale, ed interessi, e questi, come acquistati a titolo di vendita a se fatta dal debitore: se non che di tali beni in così fatta guisa, e a tale effetto venduti ne lasciava il venditore in possesso, lasciando intanto correre il primiero usurario contratto. Per estirpare adunqe un così cattivo, e pernicioso costume si portò legge in Senato (1) irritante simili vendizioni, dacchè si lasciò il debitore in possesso per un anno delle case, e terre vendute, senza che nè in giudizio, nè fuori di giudizio la loro esistenza possa provarsi con qualunque sorta di documento: al qual decreto irritante ne aggiunse l' Eccelso Consiglio de' X un altro penale, condannando i compratori all'esborso di cinquecento ducati.

(1) *Legg. Civ. cap.* 30. 33.

§. XLIV.

§. XLIV.

Negli atti civili prescrivono le leggi la forma, colla quale debbono farsi. L'esatta, e fedele osservanza della medesima dona loro ed esistenza, ed attitudine a produrre moltiplici effetti: la violazione di essa toglie loro e forza, e vigore. I nostri Statuti per cautelare le ragioni, e i diritti reciproci de' compratori, e venditori spezialmente di possessioni, e beni stabili prescrissero certi riti, e solennità, senza delle quali o rendesi nullo, ed inefficace totalmente il contratto, o rendesi inabile alla produzione di diversi effetti vantaggiosi legati a *certe formalità*, che però annosi a mettere in pratica.

Della maniera di vendere stabili, e possessioni discorresi in più luoghi dello Statuto (1), nei quali si modificano, o si spiegano, o si abrogano le anteriori costituzioni; sino a che nel principio del Secolo XV. con Decreto del Maggior Consiglio si prescrisse un metodo costante più semplice, e spedito, ritenendo in parte, ed in parte abolendo gli usi, e le forme dianzi introdotte. Ecco dunque la dottrina, che risulta dalla combinazione di questo posteriore provvedimento colle statutarie disposizioni più antiche. Qualunque cittadino, il quale per qualunque suo bisogno, o piacere vender voglia case, terreni, o sia altri effetti stabili, senza frode, e malizia, al Magistrato dell' Esaminador dee dar in nota ciò, che si propone d'alienare: il

(1) *Lib. 3. Stat. cap.* 11. *& seqq. lib.* 6. *cap.* 29. *& seqq. Legg. Civ. cap.* 10.

il Magistrato fa apprezzare il fondo: apprezzato, che sia, fa pubblicare ne' siti più frequentati, come la tale possessione, o la tal fabbrica, posta nel tale, o tal luogo, rimane esposta dal proprietario alla vendita. Questi bandi, o stridori, o gride fannosi, acciocchè possa, chiunque vuole, esibirsi per compratore, e perchè domandar possa prelazione nell' acquisto chiunque credesse d' aver titolo legittimo di preferenza, o possa opporsi all' alienazione progettata chiunque si stimasse d' aver ragione per impedirla. Posto dunque, che un qualcheduno abbia vaghezza di comperare, egli dovea anticamente depositare nell'Uffizio del predetto magistrato in effettivo, oro o argento un dieci per cento del totale del prezzo, a cui fu valutata la possessione vendibile in sicurezza dell' effettuazione del contratto (1): ma, secondo una più fresca statutaria disposizione, basta, che al magistrato medesimo si offerisca idonea mallevadoria, o a qualunque altro magistrato competente, che sarà per pagarsi il dieci per cento di tutta la somma del prezzo o accordato, o statuito nel caso, che si contravvenga ai patti, ed all' esecuzione del contratto, della quale mallevadoria debbasi tenere registro dai notaj de' magistrati, ai quali devoluta fosse la vendita (2).

Ritrovato il compratore, si rilascia dal magistrato un atto, in cui si dichiara, e notifica, essere stata comperata la tale possessione a tal prezzo, e che sarà rilasciata per l' accennato prezzo al medesimo, ma però *Sine proprio*, senza porlo in pos-

(1) *Stat. lib.* 3. *cap.* 10. §. 1.
(2) *Lib.* 6. *Stat. cap.* 29.

possesso, e trasferire in esso lui irrevocabilmente, e giuridicamente la proprietà (1), lo che corrisponde a quella, che i Latini diceano, *Missionem in possessionem ex primo Decreto*. Dietro a quest' atto sì fatto le consuete replicate proclamazioni, e gride per due successive giornate di Domenica nella Chiesa della contrada, ov'è situato il fondo vendibile, e se dentro lo spazio di un mese, dacchè gli enunziati bandi si fecero, non si vede opposizione, e protestazione in contrario, e il magistrato mette in possesso il venditore, cosa, che nel nostro linguaggio di foro dicesi levar la vendita senza proprio.

Quest' investitura però, questo possesso accordato senza traslazione di proprietà non è irrevocabile, e perpetuo. Pel decorso intero d'un anno esso è pendente, esso è rivocabile. Questo tempo lo vogliono le provvide leggi, affinchè vedere si possa, se codesta vendita si faccia senza pregiudizio delle ragioni, e delle pretese d'altrui: ond'è, che in tutto quest' intervallo annuo è lecito a chiunque il presentare opposizioni, e querele, l'interdire la vendita intavolata, esibire documenti, e titoli per impedirne il corso, e la conchiusione, purchè dia giuramento di non contrapporsi per ostilità, e malignità d'animo, e sottoponga all'esame del magistrato le carte, e i titoli, sopra i quali fondato s'avanza a porre ostacolo all'ultimazione della vendita incominciata (2), e se saranno questi ammessi dalla saggezza de' giudici lecito gli sia di far-

(1) *Pract. Ven. cap.* 5. §. 5. 6. *Leg. Civ. cap.* 10.

(2) *Lib.* 3. *Stat. cap.* 44. 45.

farli valere, e di esporre le sue ragioni in contradditorio giudizio. Ora, conoscendosi distintamente il perchè codesto primo possesso senza proprio, revocabile sia, e contingente, veggiamo la ragione eziandio, per cui fu statuito (1), che nel caso, in cui, durante l'anno del possesso senza proprio, insorgessero torbidi, e disturbi di pretese, d'opposizioni, di protesti, sia in libertà, e il compratore, e il venditore o d'accordo reciproco, o ad onta ancora del dissenso dell'altro, il recedere dal contratto, come recedere ne possono, di comune consenso, anche nel caso, che quieto, e pacifico per qualche tratto di tempo ne godesse il venditore il possesso.

Ma, se ambedue le parti persistono nella risoluzione di effettuare il contratto, e se è già trascorso l'anno intero del possesso senza proprio, computando da quel giorno, e dall'ora di quel giorno, in cui quest'atto fu rilasciato (2); fatta fede al magistrato dell'Esaminador, come l'annuo possesso si compiè con piena quiete, e senza opposizioni da nessun canto: i giudici debbono rilasciare un secondo atto, nel quale si dichiara investito nella proprietà, ed irrevocabile pieno dominio il compratore, atto equivalente a quello detto dai Latini: *Missio in possessionem ex secundo decreto*, e questo noi lo diciamo Levar la vendita a proprio. Spedito nell' Uffizio l'atto, dal pubblico ministro se ne fanno le proclamazioni, e le gride, e contro queste non insorgendo contraddizioni, e protesti dentro il ter-

mine

(1) *Stat. lib.* 3. *cap.* 14. 15.
(2) *Stat. lib.* 6. *cap.* 30.

mine di trenta giorni consecutivi: le quali formalità adempire, senza dilazione, ed eccezione veruna siano costretti sotto pene ad arbitrio i venditori, o i loro eredi, e commissarii a dare al compratore la carta, o l'istrumento di cessione, e di vendita, il quale sia l'autentica irrefragabile testimonianza dell'alienazione seguita (1).

Quantunque sembrar potesse, che con tali prescrizioni cautelato fosse l'interesse de' compratori, pure succedere non di rado potendo, che o fossero lontani in quel corso dell'anno coloro, che pretendevano d'avere azione sopra i beni venduti, o fossero privilegiati i loro titoli, e che perciò recar molestia potessero anche dopo l'investitura nella proprietà: a preservazione dei diritti d'ogni particolare, e di quelli de'compratori innocenti fu decretato (2): che, se non verranno per cinque anni continui, dopo che il compratore fu posto in possesso, e in proprietà de' beni comperati cogli accennati riti, e modi solenni, proposte le opposizioni, e le competenti querele contro la vendita fatta; non più proporre si possano, nè siano ascoltati i ricorrenti: ma se venissero proposte pria del termine parentorio d'anni cinque, siano ammissibili dalla giustizia, e si possa in forza d'esse, riconosciute per legittime, e ragionevoli, privare il compratore del dominio de' beni acquistati, sempre però a condizione, che sia ad esso lui restituito tutto il prezzo sborsato; sia reintegrato delle spese, e compensati gli vengano i miglioramenti da esso fatti nelle cose con buo-

(1) *Stat. lib. 6. cap. 34.*
(2) *Cons. 23.*

buona fede acquistate. La quale disposizione riguardo alle vendite fatte per l' Uffizio dell' Esaminador trovandosi appoggiata all' equità, e alla ragione, fu poscia estesa a quelle fatte per l' Uffizio di Sopra-gastaldo, ed alle alienazioni fatte da qualunque altro magistrato (1): cosicchè nessuno compratore possa essere spossessato, quando non abbia prima realmente ottenuta la restituzione del prezzo, e la compensazione de' miglioramenti, e delle spese.

E per non ommettere notizia alcuna concernente le solennità necessarie secondo i nostri statuti per la validità delle vendite, aggiungeremo, come in ricognizione dell' alto dominio del Principe dovendosi nel caso di vendite, o altre alienazioni di beni stabili pagarsi al pubblico erario due per cadaun centinajo, l' uno da chi compra, e l' altro da chi vende, imposizione, a cui dassi il nome di Messettaria (2); nè può dai Notaj autenticarsi l' istromento del contratto, nè il contratto ha forza alcuna, ed effetto, se fra otto giorni, dacchè fu stipulato codesta imposizione, non sarà pagata o nella Capitale all' Offizio de' Camerlenghi del Comune, o nelle Città dello Stato alle Camere rispettive, restando oltre di ciò puniti i contraenti colla pena di dovere sborsare al fisco invece di due dieci per cento.

§. XLV.

Rimane finalmente a vedere cosa abbiano gli Statuti disposto relativamente all' Evizione, ed al

(1) *Cons.* 32. 43.
(2) *Legg. Civ. cap.* 64. 65.

al diritto di Prelazione. Le civili leggi Romane consideravano l' obbligo di difendere dallo spoglio i compratori, come una conseguenza risultante dalla natura del contratto medesimo; così, che sia tenuto il venditore ad accorrere in difesa del compratore, se gli si contenda il dominio della cosa venduta, sebbene di questo non siasi per patto espresso convenuto. Ma secondo le leggi nostre pare (1), che l' evizione prestarsi non debba, quando non sia dedotta in patto, e soltanto sia ad essa il venditore tenuto, sebbene patto espresso non siavi, nel caso, che o i parenti, o i confinanti gli movessero lite.

Il diritto di prelazione lo concedevano le leggi Romane spezialmente ai compagni d' un bene posseduto per indiviso da più persone, ai propinqui di sangue, ed ai confinanti. A queste tre classi di persone lo accordano le leggi nostre eziandio: ma converrà sapere e in quali circostante, e sotto quali condizioni, e con quale gradazione lo accordino.

Chiunque però ha diritto di prelazione a compratori estranei o per titolo di propinquità, o per titolo di società, e consorteria, o per titolo di collateranità, o di *confine*, è necessario, che dentro trenta giorni, dacchè fatte furono legalmente le proclamazioni, e le stride della vendita, si presenti, ed interdicendo l'effettuazione della medesima, domandi per se quella preferenza, che la legge statutaria gli concede (2), quando però abbiano i giudici dell' Esaminador conosciuto, che

(1) *Stat. lib.* 1. *cap.* 33.
(2) *Lib.* 3. *Stat. cap.* 11. §. 1. *Cons.* 6. §. 3.

che il fine di questa opposizione è il mantenimento del diritto a se competente, e non già lo sturbare l'acquisto, ch'altri vorrebbe fare. Affinchè però questo fine, e questo mal effetto rimanesse impedito, si volle prudentemente (1), che, in qualunque caso, in cui si producessero all' Uffizio persone vantanti diritto di protimesi, non debbansi accogliere le istanze loro, se prima non saranno esaminate, e che presentata da esse una fiata la querela contro la vendita proposta a pregiudizio delle ragioni de' parenti o compagni, o confinanti, non possa questa sotto qualunque forma, o pretesto essere rivocata, e rimossa, ma siano costrette indispensabilmente a comperare que' beni, la vendita de' quali aveano o temerariamente, o maliziosamente interdetta.

La qualità di propinqui per sangue, di consorti per società, di vicini per confine, non solo facea, che fossero, e fà tuttora, che siano anteposti ad ogni altro certi individui nel acquisto de' beni; ma di più valeasi per le antiche leggi nostre, che li avvantaggiasse anche nel prezzo (2): cosicchè i propinqui in linea discendente, ed ascendente pagassero un otto per cento di meno della stima; i propinqui in linea collaterale sino al terzo un sei per cento di meno; ed i collaterali più rimoti, agnati però del venditore, ed i confinanti, tutto che fuori di famiglia, e di parentela, pagassero di meno un quattro per cento: cosa, la quale sembrata essendo pregiudiziale all' interesse de' venditori, restò poscia abolita (3), e decre-

(1) *Legg. Civ. cap.* 10. §. 2.
(2) *Stat. lib.* 3. *cap.* 19. *lib.* 3. *cap.* 23.
(3) *Stat. lib.* 6. *cap.* 35.

decretato, che a quel medesimo prezzo, che offeriscono gli estranei, e non già ad un minore, debbano comperare i beni vendibili e propinqui, e confinanti, e consorti, se vogliono avere l'ambita preferenza sopra degli altri.

Ma concorrendo insieme queste tre classi diverse di persone, ovvero più persone d'una medesima classe; ecco la gradazione, e subordinazione tra loro dagli Statuti nostri fissata (1). Sono preferiti a tutti gli altri i propinqui per ragione dell'identità del sangue e come nelle successioni intestate sono anteposti agli altri consanguinei i discendenti; e gli ascendenti ai trasversali, se se ne eccettuino i fratelli del defunto intestato, i quali concorrono insieme cogli ascendenti del medesimo grado, rimanendo chiamati in ultimo luogo i collaterali; così osservasi quest'ordine di prelazione anche nella materia, di cui trattiamo. Se non che avendo determinato i nostri antichi padri (2), che le figlie superstiti al venditore si preferissero a' discendenti maschj, e da' maschj pur nati, in grado più lontano esistenti; questa determinazione fu poscia annullata, e sotto il Doge Francesco Dandolo stabilito (3), che i nipoti, ed altri discendenti per linea retta mascolina, stante la prerogativa del sesso, debbano essere alle figlie medesime preferiti. Che se più fossero i concorrenti propinqui nel medesimo grado, come se esistessero da due fratelli premorti quinci tre, e quindi quattro figliuoli, nè ceder volessero nella pre-

(1) *Stat. lib. 3. cap. 19.*
(2) *Stat. lib. 3. cap. 22.*
(3) *Stat. lib. 6. cap. 37.*

prelazione alla compera de' beni d'un comune loro zio, ammessi sono egualmente all'acquisto per stirpi però, e non per capi (1).

Riguardo ai consorti, o a quelli, che anno titolo di dominio sopra una cosa medesima, a cagione d'esempio sopra una casa, se uno di questi volesse venderne la porzione a se spettante, o divisa ella sia, o indivisa, o la abiti egli insieme col consorte la casa, o non la abiti; il titolo, e la ragione del sangue dona la preferenza ai di lui consanguinei sopra tutti i consorti (2): ma sono questi preferiti ai confinanti, i quali avranno diritto di comperarla.

I laterani dunque, o confinanti, in ragione della maggiore, o minore estensione de' loro confini, sono preferiti agli altri estranei nell'acquisto de' beni vendibili nell'ipotesi, che non siavi superstite alcuno della schiatta del venditore, o non volesse applicarvi; sia che vendasi tutta intera la possessione, sia che vendasi in parte, preservato essendo al confinante quello stesso diritto di prelazione sopra una parte posta in vendita, che avrebbe, se posta fosse tutta interamente (3).

Fine del Tomo Terzo.

IN-

(1) *Stat. lib.* 3. *cap.* 20. *lib.* 6. *cap.* 36.
(2) *Lib.* 3. *Stat. cap.* 25.
(3) *Lib.* 6. *Stat. cap.* 38.

INDICE

Di quanto si contiene in questo Terzo Volume.

TITOLO I.

TITOLO II.

TITOLO III.

TITOLO IV.

TITOLO V.

TITOLO VI.

TITOLO VII.

TITOLO VIII.

TITOLO IX.

TITOLO X.

TITOLO XI.

TITOLO XII.

BREGOLINI
ELEMENTI
DI
GIURISPRUDENZ
CIVILE

3

male a proposito si apporta l'autorità di questa legge per autenticare la differenza tra i beni paterni, e materni, e la successione in quelli dei soli consanguinei, e in questi dei soli uterini. Terminiamo il discorso colle parole stesse di Giustiniano (1): Oltre di ciò non vogliamo più, che un fratello, o sorella uterini si lascino nel rango de' cognati, perchè essendo in grado tanto vicino, con tutta giustizia ordiniamo, che senza differenza veruna, come se fossero consanguinei, siano chiamati in concorrenza dei fratelli, e sorelle legittimi.

§. XLIV.

La seconda cosa, sopra di che qualche incertezza restarvi poteva, si è, se i figli d'un fratello consanguineo, o uterino concorrano con un fratello pure uterino, o consanguineo per diritto di rappresentanza, come concorrer sogliono coi loro zii i figli d'un fratello germano; oppure se essendo questo un privilegio singolare concesso ai soli figli di fratelli germani, rimangano esclusi i nipoti da un fratello uterino, o consanguineo superstite. Sembra, che possano somministrar ragione di dubitare quelle parole di Giustiniano, ove dice: Che se vi saranno fratelli superstiti, e similmente figli di sorella, o di fratello premorto, si chiamino anche questi figli all'eredità in compagnia dei loro zii da parte di padre, e di madre. Dalle quali parole inferiscono alcuni, non darsi vocazione, e concorrenza ai figli cogli zii, qua-

(1) *Leg.* 15. §. 2. *Cod. de leg. hered.*

qualora e gli uni, e gli altri non sono insieme congiunti e per parte di padre, e per parte di madre; Ma certamente questo non è il senso della legge, la quale preferisce bensì i figli di un fratello germano a qualunque fratello consanguineo, ed uterino a motivo della doppia attinenza di sangue, che avea il padre loro, che rappresentano. Ella però non nega il medesimo diritto di rappresentanza ai figli di un fratello uterino, o consanguineo, onde concorrere coi loro zii nel caso, che siano anch'essi o per padre, o per madre congiunti al defunto. Ed affinchè ogni ombra di dubbio resti dileguata, e dispersa, rapporteremo la legge (1): „ Dopo i fratelli germani, e i di loro figli, si chiamano i fratelli, „ e sorelle consanguinei, ed uterini, e i figli loro, quando sia già premorto uno, o una di „ quelle; e perchè codesti figli sono pareggiati „ nel grado ai fratelli dell'intestato, vengono senza esitanza preferiti agli zii, e ad altri tali parenti del defunto medesimo. "

§. XLV.

Se nè fratelli vi sono, nè figli di fratelli, succedono nell'eredità gli altri collaterali secondo la prerogativa del grado, cosicchè i più vicini escludano mai sempre i più lontani; e se si trovano essere più in un medesimo grado, dividesi fra di essi l'eredità in porzioni eguali a ragguaglio del numero degl'individui (2). Fra i collaterali mede-

 desi-

(1) *Nov.* 118. *Cap.* 3. *vers.* 1.
(2) *Nov.* 118. *Cap.* 3. §. 1.